Nesta obra, o leitor terá acesso a artigos de excelência, que evidentemente perpassam o tema dos Direitos Fundamentais. Trata-se de um *Festschrift* com um rigor acadêmico e científico facilmente observado na relação dos autores. São docentes e pesquisadores com experiência em instituições renomadas do Brasil e do exterior que reverenciam a admirável trajetória acadêmica do Professor Ingo Wolfgang Sarlet, amplamente reconhecida por seus pares. O Professor Ingo Sarlet figura entre os constitucionalistas mais citados do Supremo Tribunal Federal. No *Google Scholar*, possui mais de 28 mil referências. Publicou mais de 200 títulos no Brasil e 30 no exterior, entre livros, capítulos e artigos. Este é o grande presente com que fomos agraciados, além, é claro, da pessoa íntegra e generosa que é, sempre disposta a auxiliar os que percorrem o caminho da produção acadêmica de excelência. Por essa razão, esta obra, além de representar um grande respeito e admiração ao Professor Ingo, celebra sua significativa e duradoura contribuição para a sociedade e para as letras jurídicas.

Os Organizadores.

Dignidade humana e direitos fundamentais:

Festschrift em homenagem ao Prof. Ingo W. Sarlet

Gilmar Ferreira Mendes

Draiton Gonzaga de Souza

Sandro Andre Bobrzyk

Organizadores

Dignidade humana e direitos fundamentais:

Festschrift em homenagem ao Prof. Ingo W. Sarlet

Porto Alegre, 2023

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet
Diagramação: Editora Fundação Fênix
Concepção da Capa: Editora Fundação Fênix

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Série Direito – 83

Catalogação na Fonte

D575 Dignidade humana e direitos fundamentais [recurso eletrônico] : Festschrift em homenagem ao Prof. Ingo W. Sarlet / Gilmar Ferreira Mendes, Draiton Gonzaga de Souza, Sandro Andre Bobrzyk Organizadores. – Porto Alegre : Editora Fundação Fênix, 2023.
921 p. (Série Direito ; 83)

Disponível em: <http://www.fundarfenix.com.br>
ISBN 978-65-5460-066-8
DOI https://doi.org/10.36592/9786554600668

1. Direito fundamental. 2. Direitos humanos. 3. Tecnologia. 4. Inteligência artificial. I. Mendes, Gilmar Ferreira (org.). II. Souza, Draiton Gonzaga de (org.). III. Bobrzyk, Sandro Andre (org.).

CDD: 340

Responsável pela catalogação: Lidiane Corrêa Souza Morschel CRB10/1721

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Dignidade humana e Direitos Fundamentais
Festschrift em homenagem ao Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Sentimo-nos honrados em apresentar a obra em homenagem ao distinto Professor Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, que tem como título *Dignidade humana e Direitos Fundamentais*, no ano em que o homenageado completou seis décadas de existência. Trata-se de uma coletânea multidisciplinar que reconhece o compromisso incansável do insigne jurista com o conhecimento e a devoção inabalável à causa dos Direitos Fundamentais e à defesa intransigente do núcleo identitário da Constituição Federal de 1988. Adiantamos, por coerência, que escrevemos na condição de grandes admiradores desse eminente intelectual.

Nesta obra, o leitor terá acesso a artigos de excelência, que evidentemente perpassam o tema dos Direitos Fundamentais. Trata-se de um *Festschrift* com um rigor acadêmico e científico facilmente observado na relação dos autores. São docentes e pesquisadores com experiência em instituições renomadas do Brasil e do exterior que reverenciam a admirável trajetória acadêmica do Professor Ingo Wolfgang Sarlet, amplamente reconhecida por seus pares.

O Professor Ingo Sarlet figura entre os constitucionalistas mais citados do Supremo Tribunal Federal. No *Google Scholar*, possui mais de 28 mil referências. Publicou mais de 200 títulos no Brasil e 30 no exterior, entre livros, capítulos e artigos. Este é o grande presente com que fomos agraciados, além, é claro, da pessoa íntegra e generosa que é, sempre disposta a auxiliar os que percorrem o caminho da produção acadêmica de excelência. Por essa razão, esta obra, além de representar um grande respeito e admiração ao Professor Ingo, celebra sua significativa e duradoura contribuição para a sociedade e para as letras jurídicas.

Por fim, parabenizamos o homenageado e agradecemos os longos anos de contribuição para a Escola de Direito e para o Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), do qual é coordenador. Aproveitamos para renovar nossos agradecimentos a cada autor que

contribuiu com o envio do seu artigo para este livro. Aos leitores, enfatizamos que encontrarão uma obra que servirá de pesquisa permanente.

Porto Alegre/Brasília, 23 de novembro de 2023.

Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes
Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Prof. Dr. Draiton Gonzaga de Souza
Decano da Escola de Humanidades da PUCRS.

Prof. Dr. Sandro André Bobrzyk
Decano da Escola de Direito da PUCRS.

1. O DIREITO AO TRABALHO E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ÉTNICO-RELIGIOSAS: O CONTRIBUTO DO DEVER EMPRESARIAL DE ACOMODAÇÃO RAZOÁVEL PARA A PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOCIAIS E CULTURAIS NO AMBIENTE DE TRABALHO

 https://doi.org/10.36592/9786554600668-01

Aloisio Cristovam dos Santos Junior[1]

RESUMO

O objetivo do presente artigo é, a partir de uma perspectiva que valoriza o caráter identitário-cultural da religião, propor que o reconhecimento do dever de acomodação razoável, maximizando a efetividade da liberdade religiosa do trabalhador, tem o condão de resguardar o direito ao trabalho dos indivíduos integrantes das minorias étnico-religiosas, favorecendo, assim, a concretização dos direitos humanos sociais e culturais.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Direito ao Trabalho; Minorias religiosas.

ABSTRACT

The objective of this article is, from a perspective that values the identity-cultural character of religion, to propose that the recognition of the duty of reasonable accommodation, maximizing the effectiveness of the religious freedom of the worker, has the ability to safeguard the right to work individuals belonging to ethnic-religious minorities, thus favoring the realization of social and cultural human rights.

Keywords: Human Rights; Right to Work; Religious minorities.

---

[1] Juiz Titular de Vara do Trabalho (TRT da 5ª Região). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), com estágio na Universidade de Coimbra (UC) como bolsista do PDEE da CAPES/MEC. Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidad de Salamanca (USAL). Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Bacharel em Direito e Especialista em Direito Constitucional do Trabalho pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Ex-Promotor de Justiça. Ex-Procurador do Estado da Bahia.

SUMÁRIO

> *A defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito pela dignidade da pessoa humana. Implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones. Ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance.* (DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE A DIVERSIDADE CULTURAL, UNESCO, 2001, Artigo 4º)

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na vereda dos direitos humanos, a dignidade da pessoa humana constitui, a um só tempo, ponto de partida e de chegada. Com efeito, a doutrina dos direitos humanos parte da ideia de que os seres humanos possuem uma dignidade essencial que os distingue de outros seres e, por conta disso, devem ser tratados como fins e não como meios, daí por que lhes é apanágio a titularidade de certos direitos universais e inalienáveis. De outra banda, a dignidade da pessoa humana constitui um fim que somente é alcançado plenamente – isto é, somente se concretiza no mundo dos fatos – quando os direitos humanos são respeitados, protegidos e promovidos.

Naturalmente, a dignidade da pessoa humana não faz sentido sem que seja resguardado aos indivíduos o direito de prover o seu sustento e o de seus dependentes, o que se faz, como regra, por meio de um trabalho remunerado. De fato, até mesmo para que seja possível a fruição de outros direitos humanos, os indivíduos necessitam de que lhes sejam garantidas condições mínimas de sobrevivência. Não sem razão, portanto, o direito ao trabalho fulgura na constelação dos direitos

humanos com o status de direito social dos mais relevantes, cuja decisiva contribuição para a construção e preservação da justiça e da paz entre os homens é indisputável.

Um direito social de tal magnitude jamais passaria despercebido pelas mentes que elaboraram a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de sorte que o documento, no seu artigo 23°, proclama de forma retumbante que "toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego". Por seu turno, de forma igualmente clara, o artigo 6º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais consagra "o direito de toda pessoa ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito". A referência a esses dois instrumentos jurídicos de alcance global já basta para evidenciar a importância do direito social ao trabalho, se bem que haja outros documentos jurídicos internacionais e comunitários que alberguem disposições no mesmo sentido.

É certo que o direito ao trabalho não se identifica necessariamente com o direito ao emprego, na medida em que o trabalho assalariado está longe de esgotar todos os modelos jurídicos por meio dos quais os indivíduos, exercitando uma atividade, obtêm o seu sustento. Mas, sem dúvida alguma, o vínculo de emprego é, no sistema capitalista, a modalidade de relação de trabalho que desfruta de maior importância histórica e social (além de ser, ainda, a mais comum), o que, por si só, justifica seja tomada aqui como principal foco de cogitação.

Pois bem. O direito ao trabalho somente se assegura de forma plena quando todas as espécies de discriminação são banidas do ambiente laboral, não sendo ocioso destacar que a configuração da relação de emprego como uma relação de poder torna-a um terreno fértil para discriminações contra o trabalhador fundadas nos mais diferentes motivos, dentre os quais o religioso. Se assim o é, tão importante quanto garantir aos indivíduos o direito de obter um emprego é assegurar-lhes, também, que a sua permanência no posto de trabalho não estará condicionada a que abjure de sua identidade religiosa, problema que se revela ainda mais pernicioso quando esta se confunde com a sua identidade étnica.

O escopo do presente artigo é justamente, a partir de uma perspectiva que valoriza o caráter identitário-cultural da religião, propor que, sob o primado dos

direitos humanos, o reconhecimento do dever de acomodação razoável é a resposta jurídica mais adequada para se conferir a máxima efetividade à liberdade religiosa do trabalhador e, nesta senda, resguardar o direito ao trabalho dos indivíduos integrantes das minorias étnico-religiosas, preservando-lhes e promovendo-lhes a dignidade.

1 RELIGIÃO, TRABALHO E IDENTIDADE CULTURAL.

Toda a problemática que envolve o ingresso da religião no espaço público, inclusive no mundo do trabalho, move-se na sociedade pós-moderna dentro de um quadro mais amplo dominado por duas realidades aparentemente contraditórias: o processo de globalização e a consciência da diversidade cultural.[2] Trata-se de variáveis que permeiam o debate contemporâneo em torno dos direitos humanos. É importante, por isso, clarificar aqui três noções básicas que lançam luzes sobre o papel que a religião joga no contexto da sociedade globalizada: cultura, pluralismo cultural e identidade.

Sobre a cultura, diz Aloísio Krohling que o conceito mais simples e unânime entre os antropólogos é o que a identifica como "o modo de vida de um povo".[3] Todavia, não é uma tarefa fácil apreender o seu real significado, considerando-se que se cuida de uma "totalidad compleja que incluye conocimiento, creencia, arte, moral, ley, costumbre y todas las demás capacidades y hábitos adquiridos por el hombre como miembro de la sociedad".[4] Deixando com os *experts* em Antropologia Cultural a tarefa de lidar com as intermináveis discussões que envolvem o significado e o alcance do fenômeno, opta-se aqui apenas por reproduzir a definição de Agustí Coll, segundo o qual a cultura

---

[2] Cf. COLL, Agustí Nicolau. *Propuestas para una diversidad cultural intercultural en la era de la globalización.* Texto elaborado como contribución a l'Asamblea Mundial de la Alianza para un Mundo Responsable y Solidario que se celebrará en Lille (Francia), en diciembre 2002. Barcelona, julho de 2001, p. 3.

[3] KROHLING, Aloísio. Os direitos humanos na perspectiva da antropologia cultural. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória, n. 3, p. 155-182, jul./dez. 2008, p. 162.

[4] TYLOR, E. B., Primitive Culture, Londres, 1871, vol. I, pág. 1, apud LÉVI-STRAUSS, Claude. Antropología Estructural. Barcelona: Ediciones Paidos, 1987, p. 368.

> es el conjunto de creencias, mitos, saberes, instituciones y prácticas por las que una sociedad afirma su presencia en el mundo y asegura su reproducción y su persistencia en el tiempo. En otras palabras, un modo de vida que comprende toda la realidad existencial de la personas y comunidades de una sociedad y no tan solo las artes, el folklore o las creencias. [5]

A religião constitui, sem sombra de dúvida, um empreendimento cultural. Falar de religião, portanto, é, também, falar de cultura. A relação entre ambas, aliás, tem sido estudada por influentes teólogos. Para Paul Tillich, que dedicou boa parte de sua obra ao tema, "a religião é a substância da cultura e a cultura a forma da religião", [6] o que implica dizer que a religião se apresenta formalmente na sociedade e na existência humana a partir dos elementos culturais.

A noção de pluralismo cultural, também referida como multiculturalidade – expressão que não se confunde com o termo multiculturalismo –, descreve a presença numa mesma sociedade de distintos grupos com códigos culturais diferentes como consequência de diferenças étnicas, linguísticas, religiosas ou nacionais.[7] O Brasil e a Espanha constituem exemplos de sociedades culturalmente plurais ou multiculturais.

Um conceito indispensável para a compreensão da multiculturalidade é o de identidade, que atualmente é referido em todos os campos do conhecimento e vem sendo utilizado para explicar situações muito diversas. Na acepção que importa destacar aqui, todavia, compreende "*un sistema de símbolos y de valores que permite afrontar diferentes situaciones cotidianas*" e "*opera como un filtro que ayuda a decodificarlas, a comprenderlas para que después funcione*".[8]

---

[5] COLL, Agustí Nicolau. Propuestas para una diversidad cultural intercultural en la era de la globalización. Texto elaborado como contribución a l'Asamblea Mundial de la Alianza para un Mundo Responsable y Solidario que se celebrará en Lille (Francia), en diciembre 2002. Barcelona, julho de 2001, p. 3.

[6] TILLICH, Paul. Teologia da cultura. Trad. Jaci Correia Maraschin. São Paulo: Fonte Editorial, 2009, p. 83.

[7] PÉREZ ESCUDERO, Tirma Lina. "El diálogo intercultural como gestión de la multiculturalidad: un reto por alcanzar", del "Dossier para una educación intercultural". Coordinación y edición: Belén Dronda. Madrid: Centro de Investigación para la Paz, CIP-FUHEM, 2004. Disponível em: <http://www.fuhem.es/ecosocial/dossier-intercultural/>. Acesso em: 07 fev. 2020.

[8] Secretaría de Estado para la Cooperación al Desarrollo de Bélgica. Dossier pedagógico *Vivre ensemble autrement* (octubre 2002), perteneciente a la campaña de Educación para el Desarrollo *Annoncer la Colour*. Traducción para CIPFUHEM: Elsa Velasco.

Por conta de sua identidade, o indivíduo*, com seus valores, modo de pensar e de agir,* provavelmente reagirá de uma maneira definida às diferentes situações e circunstâncias que se lhe apresentam na vida cotidiana, inclusive na sua relação com o mundo do trabalho.

Neste quadrante parece conveniente lembrar que o trabalho não é apenas meio de subsistência. É também, ele próprio, fonte de identidade. O sujeito afirma a sua identidade **com** o trabalho. Por isso, quem não está integrado ao mercado de trabalho se sente muitas vezes um ninguém. Basta referir que uma das perguntas iniciais numa conversação entre duas pessoas adultas que estão se conhecendo é justamente: "o que você faz?" (comumente uma das primeiras perguntas que se seguem a "qual o seu nome?").

A ideia de trabalho como fonte de realização pessoal e de afirmação da identidade remete ao princípio fundamental de que "o trabalho não é uma mercadoria", consagrado pelo Tratado de Versalhes, de 1919, na parte XIII, dedicada à criação da Organização Internacional do Trabalho, princípio que veio a ser reafirmado na Declaração de Filadélfia, de 1944, bem como na Declaração da OIT sobre a Justiça social para uma Globalização Equitativa, de 2008. A compreensão de que o Trabalho é essencial à dignidade e que reclama proteção pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos baseia-se fortemente em tal princípio.

De fato, o trabalho satisfaz necessidades de autorrealização e desenvolvimento da corporalidade, de afirmação identitária, de conquista da saúde, de aprendizado ético e político do viver juntos, de construção de vínculos de solidariedade e pertencimento. [9] Serve, portanto, ao fortalecimento e desenvolvimento da identidade e da autoestima.

Contudo, a identidade tanto se afirma **com** o trabalho quanto **pelo** trabalho. Explica-se: o trabalhador traz para o ambiente de trabalho tudo o que compõe a sua identidade, inclusive as características étnico-culturais, e ali ele procura afirmá-la, na busca por preservar a sua individualidade, a sua visão de mundo e, enfim, o seu senso de dignidade. A religião, sem sombra de dúvida, compõe a identidade do trabalhador

[9] WANDELLI, L. V. (2016). O direito fundamental ao conteúdo do próprio trabalho: uma reconstrução normativa do direito ao trabalho. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]*, *17*(3), 1013-1052. https://doi.org/10.18593/ejjl.v17i3.10199

religioso, o que se torna ainda mais evidente quando dotada de um marcante substrato étnico.

No particular, vale reproduzir as palavras de Joan Lacomba Vázquez, quando observa que

> la religión constituye, en el caso de determinados colectivos migrantes minoritarios en los países de destino (el caso de la inmigración musulmana, pero también el de otros colectivos actualmente o en un pasado reciente: inmigración judía en la diáspora, católicos italianos en los Estados Unidos,...), un pilar central en la organización de las modalidades de inserción y negociación con la nueva sociedad.[10]

Nestes casos, a identidade religiosa e a identidade étnico-cultural estão fortemente imbricadas, não sendo possível separá-las e nem dizer quando uma começa e a outra termina. Mesclam-se de tal maneira que não seria possível desrespeitar uma sem desrespeitar a outra ou, *a contrario sensu,* promover uma sem promover a outra.

Enquanto na Europa e nos Estados Unidos a relevância do tema está vinculada mais especificamente à situação dos imigrantes oriundos de países cuja cultura não foi informada pelo cristianismo, no Brasil o tema é muito caro aos grupos de tradição afro-brasileira, que historicamente têm sofrido perseguição por parte de indivíduos pertencentes a grupos religiosos mais numerosos ou culturalmente hegemônicos.

2 A LIBERDADE RELIGIOSA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

A partir da constatação de que a preservação da dignidade da pessoa humana confere sentido teleológico aos direitos humanos, é forçoso concluir que lhes são pressupostos ontológicos os princípios da igualdade e da liberdade.[11] É o que

---

[10] LACOMBA VÁZQUEZ, Joan. “Identidad y religión en imigración: a propósito de las estrategias de inserción de los musulmanes senegaleses”. Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social. N. 4 (oct. 1996). ISSN 1133-0473, pp. 59-76

[11] DOUZINAS, Costas. El fin(al) de los derechos humanos. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 22, 2008, pp. 6-34, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. Puebla, México.

facilmente se extrai do artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que proclama que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos".

No que concerne à liberdade, o pensamento corrente é que possui duas dimensões, a negativa e a positiva. No sentido negativo, a liberdade é entendida como ausência de impedimento ou coação. No sentido positivo, identifica-se como um poder de autodeterminação, por meio do qual o ser humano dirige a sua vontade na direção da finalidade escolhida. Tais dimensões, na verdade, se completam. A rigor, são apenas faces de uma mesma moeda. Somente é possível a alguém agir livremente em busca de sua própria felicidade quando a orientação de sua vontade não está limitada por qualquer espécie de coação.

A noção de liberdade vincula-se, pois, ao anseio e à busca pela felicidade e, assim, toca num ponto extremamente sensível da personalidade humana. Ora, a personalidade humana é, nas palavras de Paulo Mota Pinto, "um *prius*, algo que o Direito já encontra, sendo o seu *reconhecimento* não apenas exigência lógica, [...] mas postulado *axiológico*".[12] A personalidade, na verdade, constitui um valor fundamental dos direitos humanos, vinculada que está ao princípio da dignidade humana. Assim é que do princípio da dignidade humana decorre necessariamente o reconhecimento de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade cujo âmbito de proteção compreende, na lição de Canotilho e Moreira, três dimensões: (1ª) *a formação livre da personalidade*; (2ª) *a proteção da liberdade de ação*; (3ª) *a proteção da integridade da pessoa*.[13]

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade põe em relevo a noção de que o ser humano está em constante evolução e necessita que lhe seja assegurada a possibilidade de desenvolver a sua individualidade de modo pleno (ações, pensamento e comportamento).

A capacidade de autoconformação, ínsita ao livre desenvolvimento da personalidade, é justamente o que desmarca os seres humanos das outras espécies. Portanto, falar na dignidade específica da pessoa humana é, também, falar na

---

[12] PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, *STVDIA IVRIDICA* 40, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 165.
[13] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I, Artigos 1º a 107º. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 463.

capacidade que somente os seres humanos possuem de decidir como encaminharão as suas ideias, projetos e realizações, enfim, as suas próprias vidas. Destarte, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na medida em que protege o indivíduo da imposição externa de modelos de personalidade, termina por salvaguardar, também, a sua identidade pessoal. A conexão entre a garantia da identidade e o desenvolvimento da personalidade jamais deve ser subestimada.[14]

Ora, não se pode ignorar que a religião, para aquele que a pratica, insere-se na sua busca por desenvolver livremente a personalidade, o que é bastante compreensível quando se considera que o fenômeno representa uma tentativa humana de dar significado à existência[15], produz uma interpretação da realidade, da história, do homem e do mundo[16] e não se define apenas como um sistema de crenças individuais, constituindo, na verdade, um sistema complexo, que envolve crenças, simbologias, valores éticos e uma base organizativa.[17] Se assim o é, a liberdade religiosa presta-se justamente a assegurar a autonomia e a afirmação da identidade do indivíduo, permitindo-lhe, inclusive, que desenvolva o seu próprio conceito de bem, promovendo, deste modo, o livre desenvolvimento de sua personalidade.

Não é exagerado dizer, portanto, que onde a liberdade religiosa não está assegurada pelo direito ou, ainda que desfrute de um reconhecimento jurídico formal, seja tolerada a sua constante violação na prática cotidiana, a dignidade humana está em xeque e a personalidade não encontra um ambiente propício para a sua expansão. Por isso, a preservação da dignidade humana sempre figura com destaque especial em qualquer lista de razões para que a expressão religiosa obtenha a tutela jurídica.

---

[14] Neste sentido, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais:* uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 104.

[15] A busca por sentido, aliás, é referida por Viktor Frankl (*Em busca de sentido:* um psicólogo no campo de concentração. 24. ed. (revista). São Leopoldo: Sinodal; Petrópolis: Vozes, 2007, p. 92) como a motivação primária da existência humana e, ainda que tal busca possa ser dirigida a outras fontes, a religião permanece sendo a mais procurada.

[16] É em função dessa característica que a religião fornece aos seus adeptos uma cosmovisão, vale dizer, uma particular visão de mundo que molda o seu comportamento em sociedade, incluindo a sua relação com as pessoas, com a natureza e com o ambiente de trabalho.

[17] Neste sentido, HOUTART, François. *Sociologia da religião.* Tradução de Mustafá Yasbek. São Paulo: Ática, 1994, p. 32-33).

Outro pressuposto ontológico dos direitos humanos, cuja menção se afigura imprescindível a qualquer debate que gravite em torno da inserção da liberdade religiosa no catálogo de direitos humanos, é o da igualdade.

O tema da igualdade já vinha sendo debatido séculos antes de sua utilização como bandeira pelas revoluções burguesas. Nos seus primórdios a discussão se fazia sob o influxo da teologia cristã que afirmava a igualdade de todos perante Deus,[18] mas com o processo de secularização passou a ser defendida a partir de outras bases ideológicas, a exemplo do contratualismo jusnaturalista. De todo modo, a igualdade é vista desde o alvorecer do constitucionalismo moderno como um valor fundamental da democracia. A construção de um Estado Democrático de Direito somente é possível a partir do respeito à igualdade essencial dos seres humanos, pois o princípio da igualdade "decorre da concepção da sociedade como ordem de cooperação entre cidadãos livres e iguais" e "está na base da justiça e da reciprocidade que a alicerçam, bem como da igual consideração e respeito devida a todos os indivíduos".[19]

Não é despiciendo chamar a atenção nesta quadra para a distinção que se faz entre igualdade formal e igualdade material. A igualdade formal referir-se-ia ao Direito, traduzindo a ideia de igualdade perante a lei, ao passo que a igualdade material, por vezes denominada de real, referir-se-ia à vida social, ao âmbito das relações entre os homens.

A igualdade formal ou igualdade diante da lei, conforme lição de Konrad Hesse, "pede a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa". [20] A igualdade jurídica material, ao revés, não consiste num tratamento igual sem distinção de todas as pessoas em todas as relações, mas sim que somente naquilo em que são iguais sejam igualmente tratadas. Neste sentido, o princípio da igualdade proíbe, portanto, uma *regulação desigual de fatos iguais*: casos iguais devem encontrar regra igual.

---

[18] Neste sentido, Rm 2:11, Rm 10:12, Gl 3:26-28 e Cl 3:10-11.

[19] MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,* Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 290.

[20] HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.* Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p. 330.

A vitória das revoluções burguesas trouxe como corolário a proclamação da igualdade perante a lei, mas esta, no âmbito de algumas relações sociais, como a de trabalho, longe de apresentar-se concretamente como um instrumento para a promoção da igualdade real, aguçou ainda mais as desigualdades sociais. Daí a importância da evolução de um conceito meramente formal para um conceito material de igualdade, que goza de extrema relevância no contexto dos direitos humanos sociais, onde o princípio isonômico assume uma atitude proativa no combate às desigualdades reais que infligem sofrimento aos mais vulneráveis.

A partir da observação de que as circunstâncias que envolveram a afirmação histórica da liberdade religiosa conectam-se ao pluralismo religioso advindo da quebra da unidade teológico-político da cristandade e à eclosão do constitucionalismo moderno, [21] o princípio da igualdade é um valor que historicamente se sobressai como fundamental ao reconhecimento do direito à liberdade religiosa.

Muito embora num primeiro momento tenha sido direcionado aos integrantes dos ramos rompidos da cristandade, o discurso da igualdade em matéria religiosa veio, com a evolução dos direitos humanos, a se tornar mais inclusivo, passando a englobar os indivíduos pertencentes a outros credos ou cultos religiosos, sobretudo em razão do grande contingente de emigrantes orientais que chegaram aos Estados Unidos e, também, a países europeus.

No campo da liberdade religiosa, o princípio da igualdade se reveste, indiscutivelmente, de importância crucial. A ideia de liberdade religiosa somente pode prosperar num contexto em que se busca o respeito à igualdade de direitos entre todos os cidadãos. Com efeito, é impensável se falar em liberdade religiosa quando os indivíduos não podem assumir a sua identidade religiosa sem recear sofrer tratamento discriminatório por parte da comunidade política.

Demonstra-se, assim, à saciedade que, sob a égide dos direitos humanos, o respeito, a defesa e a promoção da liberdade religiosa não podem ser menoscabados, haja vista que realizam os pressupostos ontológicos do princípio da dignidade da pessoa humana e tocam num ponto muito sensível da personalidade humana. Uma

---

[21] Cf. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Obra citada, p.14-123.

defesa autêntica dos direitos humanos não pode ignorar que a busca pela felicidade encontra usualmente na alma humana trilhas que conduzem à experiência com o sagrado.

3 O DIREITO AO TRABALHO E A LIBERDADE RELIGIOSA

O quadro delineado no tópico anterior, ainda que de modo superficial, é suficiente para revelar o motivo pelo qual a religião é um fator que não pode ficar fora das cogitações a respeito do bem-estar dos trabalhadores. Todo ser humano é *ele mais as suas circunstâncias*, como dizia Ortega y Gasset.[22] Sem dúvida, o pertencimento a um grupo religioso – ainda mais quando conectado às origens étnicas – é uma circunstância que compõe a identidade do crente e molda a sua pré-compreensão do mundo exterior, daí por que necessariamente tem repercussões no ambiente laboral.

Todavia, quando se fala no **direito ao trabalho**, pouco espaço tem sido dado ao papel desempenhado pela liberdade religiosa na sua concretização. Não se ignora que a liberdade religiosa, não importando quem a exercite ou o ambiente em que seja exercitada, já constitua, por si só, tema assaz desafiador. Contudo, talvez em nenhum outro contexto a convivência da liberdade religiosa com outros direitos humanos seja mais problemática que no ambiente onde se desenvolve a relação de emprego, na medida em que o poder social e econômico de quem assalaria tende a pôr óbices a que o assalariado exercite com plenitude a sua cidadania.

Um dos maiores empecilhos para que a liberdade religiosa conquiste a máxima efetividade no ambiente de trabalho é justamente a falta de compreensão do caráter identitário da religião, que inevitavelmente conduz ao equívoco de ignorar-lhe o perfil de direito cultural e de circunscrevê-la a mero direito individual passível de ser confinado aos estreitos limites da vida privada e da intimidade dos crentes. Um olhar crítico negativo sobre a utilidade do fenômeno religioso tende, também, a gerar tal compreensão.

---

[22] "Eu sou eu e minhas circunstâncias". ORTEGA Y GASSET, José. *Meditações do Quixote.* São Paulo: Iberoamericana, 1967, p. 52.

O déficit de proteção da liberdade religiosa causado por essa visão reducionista, que abstrai o caráter identitário-cultural da religião, a par de implicar violações às liberdades individuais, afeta de modo singular as minorias étnico-culturais, favorecendo a sua exclusão do mundo do trabalho, o que num contexto histórico marcado por uma forte onda de migrações é prejudicial ao discurso de universalização dos direitos humanos e produz sociedades extremamente desiguais e excludentes.

O valor da religião para quem é religioso não pode ser minimizado. Como visto no tópico anterior, ela fornece uma rica fonte de identidade pessoal e de pertença comunitária e, ademais, é multifária na sua manifestação. Sob tal perspectiva, a proteção da liberdade religiosa tem o condão de sustentar a diversidade cultural em nosso mundo, contribuindo para a preservação e ampliação da multiplicidade de manifestações culturais e tradições que podem ser encontradas nas diferentes nações e povos, de modo a assegurar, assim, um nível de escolha de práticas culturais para as futuras gerações.[23]

Se a liberdade religiosa, mais do que simples liberdade individual, constitui um direito cultural, a proteção ao seu exercício no ambiente de trabalho não apenas tem a virtude de assegurar o respeito à dignidade do trabalhador religioso individualmente considerado, mas deve atender a um propósito maior de combater discriminações que, direta ou indiretamente, excluem as minorias etnoculturais e lancem os seus integrantes à marginalidade social. Neste diapasão, para tais minorias o direito ao trabalho não passa de uma quimera se os seus integrantes continuam a sofrer discriminações e assédio moral no ambiente de trabalho por causa de suas convicções e práticas religiosas, mormente quando já são estigmatizados pela sociedade em razão de suas origens étnico-culturais.

Vê-se, assim, que a promoção da liberdade religiosa do empregado no ambiente de trabalho representa, também, a promoção do direito social ao trabalho. Isso porque repugna aos mais comezinhos princípios de justiça social que o trabalhador, à semelhança do que ocorreu com a Sofia da obra de William Styron, tão bem representada nas telas do cinema por Meryl Streep, seja lançado numa situação

[23] Neste sentido, Lucy Vickers, obra citada, p. 34.

em que seja forçado, sem qualquer razão legítima, a fazer uma escolha impossível: sacrificar a própria identidade religiosa – ainda mais quando imbricada com a sua identidade étnica – ou, então, o seu meio de subsistência. Tal perversidade, num contexto de valorização dos direitos sociais, não pode prosperar.

O fato de que a religião compõe a identidade do indivíduo, acompanhando-o por onde quer que vá, torna-a merecedora, no mínimo, da mesma atenção que outros motivos de discriminação comumente lembrados nas declarações, pactos, tratados e convenções que versam sobre direitos humanos, a exemplo do gênero, da raça e do sexo. Até porque, para quem sofre na própria pele os efeitos da discriminação, o motivo pelo qual recebe um tratamento injusto é o que menos importa. A discriminação, seja qual for a sua causa, tende a ser sempre danosa à integridade psíquica de quem a sofre.

4 A RELIGIÃO NO AMBIENTE DE TRABALHO: PRESENÇA INCÔMODA, MAS INEVITÁVEL

O enfrentamento da discriminação fundada em motivos religiosos no ambiente de trabalho somente será bem sucedido a partir da busca incessante pela máxima efetividade da liberdade religiosa do trabalhador, tarefa que, por implicar a compreensão dos limites que devem ser impostos ao seu exercício, não é de pouca monta, uma vez que a presença da religião no ambiente de trabalho nem sempre é tranquila. Na verdade, pode gerar – e não é incomum que isso aconteça – algumas tensões, que podem envolver a colisão da liberdade religiosa com outros direitos humanos ou entre a liberdade religiosa de um sujeito e a liberdade religiosa de outro.

Essas tensões têm o potencial de criar um ambiente de trabalho hostil e não saudável e até mesmo de comprometer a atividade econômica desenvolvida pelo empregador. Inúmeras situações conflituosas podem surgir no ambiente de trabalho tendo como pano de fundo o exercício ou a pretensão ao exercício da liberdade religiosa, ainda mais num momento histórico marcado por um forte fluxo migratório em direção aos países do chamado primeiro mundo por indivíduos egressos de regiões do globo cujas tradições culturais e práticas religiosas são estranhas ao padrão ocidental judaico-cristão e às ideologias secularistas.

Não seria difícil trazer à baila incontáveis situações em que o poder diretivo empresarial pode entrar em rota de colisão com demandas religiosas de empregados que possuem uma identidade étnico-religiosa. À guisa de ilustração, imagine-se um empregado sikh que se recusa a remover sua barba ou a abster-se de usar o turbante, contrariando o código de conduta empresarial, ou trabalhadores muçulmanos impedidos por seu empregador de fazerem as suas orações durante a jornada de trabalho.

Na tentativa de responder de forma mais eficaz aos problemas de fundo religioso que afetam o ambiente de trabalho, é importante discutir como deve ser a interação da organização empresarial com o fenômeno religioso num contexto de respeito aos direitos humanos.

Há quem defenda que a organização empresarial deve adotar um modelo de neutralidade estrita no que se refere à expressão religiosa dos que frequentam o ambiente de trabalho.[24] A organização empresarial, à semelhança do que sucederia com o Estado laico (mais precisamente com o seu modelo francês), não deveria ter qualquer preferência religiosa, incumbindo-se-lhe apenas assegurar a ampla liberdade e a igualdade de todos os seus empregados e, neste intento, **afastar a expressão religiosa do espaço público empresarial**. O ambiente de trabalho seria, assim, visto como um espaço secularizado, dominado pela meritocracia e pelo profissionalismo, no qual as crenças e práticas religiosas, porque circunscritas à esfera da intimidade das pessoas, devem ser deixadas do lado de fora.

Muitos argumentos podem ser utilizados para a defesa do modelo de neutralidade, que pode ser feita em termos semelhantes aos utilizados para a defesa do assim denominado modelo francês de laicidade estatal, pressupondo sempre a ideia de que a empresa, tal como o Estado, constitui uma comunidade com objetivos comuns que, para serem atingidos, autorizam em alguma medida a restrição a certos interesses individuais no espaço coletivo. Neste sentido, poder-se-ia dizer que o modelo em questão, na medida em que preveniria conflitos no ambiente de trabalho, é apto a possibilitar que os esforços dos trabalhadores sejam todos canalizados para

[24] Sobre o assunto cf. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade e Igualdade Religiosa no Local de Trabalho – Breves apontamentos. In: MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes... [et al.]. II Seminário Internacional sobre Políticas Públicas, Proteção ao Trabalhador e Direito Antidiscriminatório. Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região, Porto Alegre: HS Editora, n. 3, 12-14, 2010).

a consecução dos fins visados pela empresa, conferindo, assim, maior eficiência à atividade empresarial.

O argumento de que o modelo de neutralidade previne conflitos e torna o ambiente de trabalho mais saudável é sedutor, mas o modelo proposto tem problemas incontornáveis. O mais grave deles é o de que tenta evitar o inevitável. Com efeito, como as crenças e práticas religiosas são influências pervasivas na vida de indivíduos e comunidades, é inevitável que essas crenças afetem a maneira pela qual os trabalhadores e os empregadores conduzem suas vidas privada e profissional.[25] Neste sentido, o modelo proposto parece ignorar o papel que a religião desempenha na vida dos indivíduos no que toca à própria afirmação de sua identidade e ao seu bem-estar pessoal. Por outro lado, levando às últimas consequências a ideia de que os esforços individuais devem ser funcionalizados em prol dos objetivos maiores da empresa, o modelo tende a fazer com que os fins econômicos da empresa prevaleçam sobre os fins sociais, que não se resumem à distribuição de renda, mas abrangem também a afirmação no ambiente empresarial da cidadania do trabalhador e a preservação de sua dignidade pessoal. A adoção de tal modelo, ademais, implicaria inevitavelmente a redução drástica das oportunidades de trabalho e das possibilidades de manutenção do emprego das minorias étnico-religiosas, mais resistentes a capitular diante de exigências empresariais que vulnerem a sua identidade.

Outra dificuldade reside na própria aplicação do modelo, que não parece apropriado para alcançar a maioria das organizações empresariais. O modelo de neutralidade – se é possível falar em neutralidade diante do fenômeno religioso, o que é altamente problemático – pode até fazer algum sentido nas grandes corporações, que detém uma maior complexidade organizacional e um grande poder social. Mas nas microempresas, especialmente as familiares, e na relação de trabalho doméstico tem-se como inviável e até mesmo indesejável, uma vez que a convivência muito próxima entre empregador e empregado reclama, nesses casos, afinidades pessoais que vão além de meras exigências profissionais e, portanto, podem incluir preferências religiosas. O modelo, ademais, ignora *as organizações de*

---

25 Neste sentido, ARIENS, Michael S.; DESTRO, Robert A. *Religious liberty in a pluralistic society*. 2nd Edition. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2002, p. 627.

tendência, cuja finalidade institucional é a defesa de uma específica compreensão ideológica.

Há sobejas razões para entender que, a pretexto de resguardar a liberdade religiosa, a defesa da suposta neutralidade da organização empresarial produz mesmo é uma exacerbação do poder do empregador, na medida em que lhe permite impor autoritariamente aos empregados a sua visão de mundo, coartando-lhes desarrazoadamente a liberdade de expressar as suas crenças e, assim, afirmar a sua identidade cultural. Trata-se, sob tal perspectiva, de uma neutralidade mais aparente que real em relação ao fato religioso. O esforço para criar *religion free zones* esconde, na verdade, um viés antirreligioso.

Fácil perceber o porquê de o chamado modelo de neutralidade não ser adequado para a tutela dos direitos humanos no ambiente de trabalho. No que diz com os direitos sociais, inclusive, ao restringir o papel do trabalhador à mera prestação de serviços, impedindo-o de expressar as suas crenças – e, portanto, de afirmar a sua identidade cultural –, termina por reduzir o trabalho a simples mercadoria, abrindo uma cisão entre o esforço físico ou intelectual despendido pelo empregado e a sua identidade, que constitui traço característico de sua personalidade. A mensagem que esse modelo transmite parece ser a seguinte: queremos apenas o seu trabalho; quando ingressar no ambiente de trabalho deixe a sua personalidade, a sua humanidade, a sua identidade, do lado de fora; o que interessa à organização empresarial é apenas a mercadoria que você pode oferecer, isto é, o seu trabalho.

A melhor forma de abordar o problema é considerar que não se pode negar nem à empresa e nem aos seus empregados a possibilidade de assumir uma cosmovisão religiosa. Não haverá, assim, qualquer problema na afirmação de valores ético-religiosos por parte das organizações empresariais, que, contudo, devem externá-los de forma transparente, comunicando claramente a sua intenção aos seus empregados e àqueles que aspiram a um posto de trabalho na organização. No entanto, a existência de uma cosmovisão religiosa empresarial tem que coexistir com soluções jurídicas que assegurem o respeito à liberdade religiosa dos empregados de outras religiões e não permitam que estes sejam prejudicados no trabalho por

causa de suas crenças (ou falta de).[26] Há que se buscar, portanto, um modelo de tolerância.

Sob tal prisma, o respeito às minorias religiosas não se obtém com a supressão da expressão religiosa da maioria, mas com o esforço de acomodar, sempre que possível, as práticas e observâncias religiosas dos empregados.

O uso de vestuário ou de símbolos religiosos pode encontrar um razoável nível de aceitação num modelo que tolere a expressão religiosa. O grau de tolerância, todavia, poderá variar, em função de diversos fatores, que podem atuar isoladamente ou em conjunto, tais como: o maior ou menor distanciamento da prática religiosa do empregado com os valores ético-religiosos que orientam a cosmovisão empresarial, o impacto que a prática religiosa do empregado poderá causar no desenvolvimento das atividades e na persecução dos fins econômicos da empresa e a sempre presente dificuldade na acomodação de práticas cultivadas por religiões pouco conhecidas ou não convencionais, especialmente se forem idiossincráticas ou incomuns para os padrões ocidentais (v.g., o uso da burca pelas mulheres muçulmanas ou a ingestão do peyote pelos integrantes da *Native American Church*).

O grande mérito do modelo de tolerância é o de reconhecer a relevância da liberdade religiosa do empregador e de perceber que a atividade econômica de modo algum deve ser divorciada da ética e pode, ademais, ser desenvolvida de modo a que se torne um instrumento para a promoção de valores que subjazem às diferentes cosmovisões que disputam o seu espaço no seio da sociedade. Numa realidade marcada pela hegemonia dos fins lucrativos, parece salutar trazer para o mundo empresarial valores não econômicos, como os de base religiosa, o que serve ao propósito de impedir que a busca pelo lucro seja feita a qualquer custo, sobrepujando a dignidade da pessoa humana.

---

[26] MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade e Igualdade Religiosa no Local de Trabalho – Breves apontamentos. In: MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes... [et al.]. II Seminário Internacional sobre Políticas Públicas, Proteção ao Trabalhador e Direito Antidiscriminatório. Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região, Porto Alegre: HS Editora, n. 3, 12-14, 2010)

5 O DEVER DE ACOMODAÇÃO RAZOÁVEL E A SUA INEXORÁVEL VOCAÇÃO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOCIAIS

Certamente não é possível, num contexto de valorização da dignidade humana, reconhecer ao empregador o poder de simplesmente suprimir a liberdade religiosa de seus empregados. Nem mesmo lhe será possível adotar o chamado "modelo de neutralidade", que, a rigor, representa a imposição ao trabalhador hipossuficiente de uma visão de mundo particular, que pode ser meramente secularista ou até mesmo indisfarçavelmente antirreligiosa.

Ao contrário, partindo-se da compreensão de que a asseguração da expressão religiosa do trabalhador promove a sua dignidade e afirma a sua cidadania na empresa, a única resposta consentânea com a doutrina dos Direitos Humanos passa necessariamente pela busca da máxima efetividade da liberdade religiosa do empregado, que é mais bem atendida pelo modelo de tolerância.

Contudo, dizer que o modelo de tolerância, num contexto de valorização da liberdade religiosa do assalariado, é a melhor forma de a empresa lidar com as demandas religiosas suscitadas no seio da organização, posto que de vital importância para trazer luz ao tema, não torna os conflitos de matiz religiosa que se desenrolam no ambiente de trabalho mais fáceis de resolver. Permanece o debate sobre até onde deve ir essa tolerância. Com efeito, há que se reconhecer que a tolerância tem limites e, portanto, definir quais são eles, tarefa que toca em questões muito sensíveis à natureza humana, exige um esforço hercúleo.

Um início promissor na aferição de tais limites é a constatação de que a colisão da liberdade religiosa do empregado mais frequente e mais importante, sob o primado dos direitos sociais, é aquela que se dá com o poder diretivo do empregador.

Como o poder diretivo empresarial compreende inequivocamente a prerrogativa de organizar o trabalho em prol da realização de uma atividade econômica, incluindo eventualmente medidas que restrinjam a expressão religiosa do trabalhador, é imperioso clarificar a posição na qual se situa o empregador diante da liberdade religiosa de seus assalariados ou, por outras palavras, perquirir sobre

como o empregador deve se portar em face da pretensão de seus empregados à observância de crenças e práticas religiosas no ambiente de trabalho.

Pois bem. Defende-se aqui que, independentemente de que haja ou não normas de direito doméstico ou de direito internacional que expressamente imponham tal obrigação, num contexto de respeito aos direitos humanos o empregador tem o dever de acomodar as práticas religiosas de seus empregados, desde que isso não implique dificuldades indevidas para a condução de seus negócios.

5.1 Algumas breves notas históricas sobre o dever de acomodação razoável

A imposição ao empregador de um dever legal de acomodar as práticas religiosas de seus empregados no ambiente de trabalho surge no direito estadunidense como um dos desdobramentos do movimento dos direitos civis que, embora iniciado como um movimento essencialmente voltado para o combate da segregação racial, veio com o passar do tempo a ter o seu alcance ampliado de modo a incluir a luta pela igualdade em favor das camadas da população que sofriam outras espécies de discriminação, tais como a fundada nas diferenças de gênero e de religião. Não por outra razão é que o *Civil Rights Act*, promulgado pelo Congresso americano em 1964, constitui justamente o mais importante estatuto federal destinado a proteger os trabalhadores (empregados, candidatos a emprego e estagiários) da discriminação religiosa no ambiente de trabalho.[27]

O Título VII do *Civil Rights Act* proíbe o tratamento desigual, as ações de retaliação, os ambientes de trabalho hostis e, desde o ano de 1972, inclui no seu texto, de forma expressa, o dever de acomodação razoável, estabelecendo que a prática e a observância religiosa dos empregados devem ser razoavelmente acomodadas pelo empregador, a menos que este demonstre não ser possível fazê-lo sem encargo excessivo (*undue hardship*) para o desenvolvimento dos seus negócios.

---

[27] Sobre o assunto, cf. Gregory (GREGORY, Raymond F. *Encountering religion in the workplace:* the legal rights and responsabilities of workers and employers. Ithaca, New York: Cornell University Press, 2001), especialmente o capítulo 15, cujo conteúdo é, em boa medida, aproveitado no presente tópico.

De um modo geral, é possível afirmar que a tutela judicial do dever de acomodação no direito estadunidense pressupõe que o empregado demonstre que suas crenças são sinceras (*bona fide religious practice*), que foram comunicadas ao empregador e que por causa delas foi discriminado pela empresa. O empregador, por seu turno, pode se defender demonstrando que tentou acomodar as necessidades religiosas do empregado ou que a acomodação não é viável sem que seja submetido a um encargo excessivo na condução de seus negócios.[28]

A ideia do *duty of reasonable accommodation* não ficou, porém, restrita ao direito dos Estados Unidos, cujos tribunais têm construído caudalosa jurisprudência sobre o tema. Emigrou para diversos outros países e atualmente nem mesmo se reduz à temática da liberdade religiosa.[29] A rigor, todavia, o dever de acomodação razoável deve ser visto como um corolário lógico da primazia dos direitos humanos, independentemente de que haja previsão normativa, como se pretende demonstrar adiante.

5.2 O dever de acomodação razoável e os direitos humanos

Como visto, a atribuição ao empregador do dever de promover uma acomodação razoável das práticas religiosas de seus empregados tem a sua matriz no direito estadunidense. A ideia, contudo, não é estranha a outros ordenamentos jurídicos nacionais que têm recebido, no trato da questão, alguma influência do direito americano, a exemplo do canadense. Além disso, não é raro que o tema seja abordado pela doutrina de outros países, mesmo onde não há uma imposição legal do dever de acomodação, notadamente em sociedades onde há fortes contingentes de imigrantes, como Portugal, Espanha e Reino Unido.

---

[28] JOVER, Adoración Castro. *La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el derecho de Estados Unidos.* Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de derecho – Universidad Complutense de Madrid, 2005, p. 168–169)

[29] Basta referir que a Convenção da ONU sobre Direitos das Pessoas com Deficiência no seu artigo 2. 4, utilizando expressões similares àquelas encontradas no Título VII do *Civil Rights Act*, prevê o chamado *ajustamento razoável* em favor das pessoas com deficiência. No mesmo diapasão, o artigo 5º da Diretiva 2000/78/EC do Conselho da União Europeia estabelece a acomodação razoável das necessidades das pessoas com deficiência em termos que guardam semelhanças com o *duty of accomodation* dos estadunidenses.

Propõe-se aqui que, sob o primado dos direitos humanos, o reconhecimento do dever de acomodação razoável é a resposta jurídica mais adequada para se conferir a máxima efetividade à liberdade religiosa do trabalhador e, deste modo, garantir a inclusão social das minorias étnico-religiosas.

Poder-se-ia argumentar, de início, que a inexistência de previsão expressa em normativas internacionais conspiraria contra a admissibilidade de um dever geral de acomodação razoável. Este argumento, porém, não se sustenta, pois ignora completamente o caráter principiológico dos direitos humanos. Ora, não se pode esquecer que "los derechos humanos son principios ético-jurídicos, más aún, el núcleo mismo de toda juridicidad",[30] daí por que é plenamente possível deduzir o dever de acomodação razoável da conjugação de, no mínimo, dois direitos humanos da mais alta relevância social: a liberdade religiosa e o direito ao trabalho.

Um argumento recorrente contra o reconhecimento do dever empresarial de acomodar as necessidades religiosas de seus empregados seria o de que, por envolver a acomodação algum nível de ação positiva em favor dos indivíduos religiosos, poderia representar um prejuízo para outros trabalhadores. O argumento pode ser reforçado, ainda, com a ideia de que a acomodação provocaria a prevalência do interesse de um único individuo sobre o interesse do grupo.

Contudo, não se pode perder de vista – e isso já foi demonstrado em tópico anterior deste artigo – que as crenças religiosas, para o trabalhador que as possui, fazem parte de sua identidade (o que é ainda mais evidente quando a sua religião também compõe a sua identidade étnica) e, sendo assim, ignorá-las ou desvalorizá-las no ambiente de trabalho equivale a depreciar a sua dignidade como pessoa humana e a opor obstáculo ao livre desenvolvimento de sua personalidade. Colocar o trabalhador integrante de uma minoria religiosa ou étnico-cultural – um imigrante, por exemplo – na posição de ter de escolher entre exteriorizar as suas crenças ou manter o seu emprego constitui claramente uma violência que não parece justificável em sociedades que se pretendem pluralistas e democráticas, na medida em que lhe imporia uma desvantagem *a priori* com fundamento apenas no fato de possuir uma cosmovisão que se distingue da política empresarial, conquanto esta possa ser

---

[30] BORGOÑO, C. (2009). Bioética Global y Derechos Humanos: ¿Una posible fundamentación universal para la bioética? Problemas y perspectivas. Acta Bioethica, XV, 1, pp. 46-54.

ditada apenas pela busca desenfreada do lucro. Ora, sob o ponto de vista social, é importante que a empresa seja, também, um lugar que promova a inclusão das minorias, um lugar onde a cidadania possa ser exercida de forma plena até o limite em que não cause prejuízo significativo à condução dos negócios.

Desde que se considere essencial para o trabalhador a afirmação de sua identidade religiosa como parte integrante da sua personalidade, a fragilidade de qualquer argumento que rejeite a atribuição de tal dever ao empregador com base na ideia de que redundaria na quebra de igualdade entre os trabalhadores no ambiente de trabalho é notória. É que a desigualdade entre o trabalhador religioso e o não religioso justifica o tratamento diferenciado, a partir do entendimento de que a regra da igualdade não consiste senão em tratar desigualmente aos desiguais na medida de sua desigualdade.

Outro argumento que poderia ser levantado contra a necessidade de se reconhecer a existência de um dever empresarial é o de que o exercício da liberdade religiosa no ambiente de trabalho já impõe tanto ao trabalhador quanto ao empregador o dever mútuo de respeito pelas crenças religiosas e convicções ideológicas um do outro, de modo que a acomodação dos interesses religiosos do empregado seria resolvida com a pura e simples ponderação.

Ocorre, porém, que as partes do contrato de trabalho não estão numa posição de igualdade. A inferioridade socioeconômica do trabalhador o põe, em regra, numa condição pouco favorável ao atendimento de suas necessidades religiosas, por causa do temor de retaliações e do desemprego, circunstância que, no caso específico do trabalhador que integra minorias étnico-religiosas, é ainda mais perversa, porquanto comumente associada a preconceitos e estigmas de que são vítimas pelo simples fato de possuírem uma identidade que não se amolda à cultura hegemônica. Neste sentido, o reconhecimento de um dever patronal de acomodar as práticas religiosas dos empregados atende melhor ao princípio de proteção do hipossuficiente, impondo ao empregador o ônus argumentativo de demonstrar a impossibilidade de fazê-lo.

Outra dificuldade que sempre vem à tona nas discussões sobre a acomodação razoável das práticas religiosas é a de se saber quando uma crença é sincera, sobretudo porque é induvidoso que não compete ao Estado laico dizer o que está ou

não em conformidade com dogmas religiosos, o que implica afirmar que tribunal algum está qualificado para interpretar judicialmente ou determinar o conteúdo da compreensão subjetiva de uma exigência religiosa.

Se não estão qualificados para funcionar como árbitros de dogmas religiosos os tribunais podem, como já decidiu a Suprema Corte do Canadá, investigar a sinceridade de uma crença atualmente afirmada a fim de assegurar que seja de boa-fé, isto é, não fictícia. A avaliação da sinceridade, na visão da Corte, é uma questão de fato que pode ser baseada em critérios que incluem a credibilidade do testemunho de um requerente, bem como uma análise de se a crença alegada é consistente com suas atuais práticas religiosas.[31]

Há que se observar, porém, que a dificuldade de demonstração da sinceridade das crenças religiosas de um indivíduo não é substancialmente diferente da dificuldade de se provar a sinceridade de qualquer outra afirmação cuja aceitação dependa da credibilidade de seu autor. Toda vez que o conteúdo de uma afirmação se refere a uma condição subjetiva será difícil mensurar-lhe a sinceridade. Ainda assim, como aponta a citada decisão da Suprema Corte canadense, alguns sinais externos podem indicar a sinceridade ou não de uma crença. Por exemplo, se um trabalhador imigrante oriundo de um país árabe se declara muçulmano devoto e, ao mesmo tempo, tem o hábito de, nas suas refeições, comer carne de porco, há aí um indício de que sua crença não é sincera. De todo modo, não se pode presumir a insinceridade da crença, sob pena de que não mais haja qualquer espaço no contrato de trabalho para o princípio da boa-fé, uma das pedras fundamentais do Direito.

Um argumento também suscetível de ser oposto ao dever de acomodação é o de que pode representar um custo desnecessário e não desejado para o empregador, com reflexos negativos para os resultados de sua atividade econômica, sobretudo numa época marcada pela forte competição entre empresas. Exigir que o empregador atenda às necessidades religiosas de seus empregados pode implicar redução dos lucros e perda de competitividade. Todavia, se não há como ignorar que o dever de acomodação sempre acarreta algum custo, como sói ocorrer também com as medidas visando à inclusão de outras minorias, há maneiras de minimizá-lo, de modo

---

[31] Syndicat Northcrest v. Amselem, [2004] 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47.

a que os reflexos sobre os resultados da atividade econômica sejam os menores possíveis. É isso que nos Estados Unidos se quer dizer com acomodação "razoável".

Na avaliação de Lucy Vickers, uma maneira de reduzir a natureza potencialmente onerosa do dever de acomodação é a de impor um limite baixo para o custo capaz de justificar a sua inobservância. Tal dever está limitado ao que se denomina de *undue hardship* (encargo excessivo), que tem sido interpretado pela Suprema Corte americana como qualquer coisa a mais que um custo *de minimis*, permitindo, portanto, que as condições econômicas, permanentes ou momentâneas, e mesmo as reclamações de outros trabalhadores possam ser usadas como evidência de que a acomodação irá causar encargo excessivo à condução dos negócios.[32] Mesmo que o custo a ser suportado tenha um limite baixo, tal dever não será inteiramente inútil, na medida em que exigirá que o empregador pelo menos faça uma tentativa de acomodar as necessidades religiosas de seus empregados. Demais disso, mesmo que fixado num nível baixo, o custo impeditivo da acomodação deve ser real e não hipotético.

O dever de acomodação razoável faz pesar sobre os ombros do empregador o ônus de demonstrar que os motivos que a tornam difícil são reais e não hipotéticos. O reconhecimento do dever de acomodação nessas bases não conduz a uma proteção excessiva para os trabalhadores religiosos e, sendo assim, não causa tantos conflitos com os direitos dos demais trabalhadores, pois se estes forem efetivamente violados – e não hipoteticamente suscetíveis de violação –, isso poderá justificar a recusa do empregador à acomodação.[33]

Ainda assim, o dever de acomodação tem o potencial de criar uma maior proteção para os interesses religiosos no ambiente de trabalho, refletindo, também, o fato de que a tutela integral das necessidades religiosas do empregado exige que tanto a identidade religiosa quanto a manifestação religiosa sejam protegidas.

Na verdade, o reconhecimento de um dever do empregador de acomodar as práticas religiosas vai ao encontro da proteção do livre desenvolvimento da personalidade do empregado. A capacidade de autoconformação, ínsita a esse

---

[32] VICKERS, Lucy. *Religious freedom, religious discrimination and the workplace.* Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008, p. 222.
[33] Idem, p. 222–223.

direito, inclui, como visto, o poder de desenvolver o próprio conceito de bem e de decidir como encaminhar as ideias, projetos e realizações. Esse poder é exercido não apenas no espectro mais reduzido da vida privada, mas em todos os espaços onde o trabalhador religioso transita, uma vez que a religião faz parte de sua identidade, de sua vida, o que é mais evidente, ainda, na presença de uma religião étnica.

É possível sustentar, assim, que num contexto de valorização dos direitos humanos, o empregador tem o dever de acomodar as práticas religiosas de seus empregados, desde que isso não acarrete um prejuízo real e significativo à condução dos seus negócios, de modo que numa primeira análise devem ser rejeitadas todas e quaisquer concepções que admitam a criação de ambientes de trabalho assépticos à fé religiosa ou *religion free zones*, marcadas pelo receio dos indivíduos, sobretudo os integrantes de minorias étnico-religiosas, de vivenciar e compartilhar as suas crenças.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi apresentado, podem ser alinhadas as seguintes conclusões:

a) A realização do direito ao trabalho exige o respeito à identidade religiosa do trabalhador, notadamente quando esta se confunde com a sua identidade étnico-cultural;

b) O respeito à identidade religiosa do empregado exige a maximização da efetividade de sua liberdade religiosa, o que se faz de forma eficiente com o reconhecimento de que o empregador tem o dever de acomodar razoavelmente as demandas religiosas dos trabalhadores que lhes são subordinados;

c) O dever de acomodação razoável não apenas preserva o direito individual de liberdade religiosa, mas cria um ambiente de respeito aos direitos humanos sociais e culturais;

d) O dever de acomodação razoável deve ser interpretado pelos estudiosos dos direitos sociais como corolário do direito ao trabalho, haja vista que minimiza as possibilidades de discriminação, tanto direta quanto indireta, dos empregados, em especial daqueles que pertencem às minorias étnico-culturais, promovendo, assim, inclusão social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ARIENS, Michael S.; DESTRO, Robert A. *Religious liberty in a pluralistic society.* 2^{nd} Edition. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2002.

BÍBLIA DE ESTUDO DE GENEBRA. São Paulo e Barueri, Cultura Cristã e Sociedade Bíblica do Brasil, 1999.

BORGOÑO, C. (2009). Bioética Global y Derechos Humanos: ¿Una posible fundamentación universal para la bioética? Problemas y perspectivas. *Acta Bioethica*, XV, 1, pp. 46-54.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada.* Volume I, Artigos 1º a 107º. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

COLL, Agustí Nicolau. *Propuestas para una diversidad cultural intercultural en la era de la globalización.* Texto elaborado como contribución a l'Asamblea Mundial de la Alianza para un Mundo Responsable y Solidario que se celebrará en Lille (Francia), en diciembre 2002. Barcelona, julho de 2001.

DOUZINAS, Costas. El fin(al) de los derechos humanos. IUS. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 22, 2008, pp. 6-34, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. Puebla, México.

ESCUDERO, Tirma Lina Pérez. "El diálogo intercultural como gestión de la multiculturalidad: un reto por alcanzar", del *"Dossier para una educación intercultural"*. Coordinación y edición: Belén Dronda. Madrid: Centro de Investigación para la Paz, CIP-FUHEM, 2004. Disponível em: <http://www.fuhem.es/ecosocial/dossier-intercultural/>. Acesso em: 02 out. 2012.

FRANKL, Viktor E. *Em busca de sentido:* um psicólogo no campo de concentração. 24. ed. (revista). São Leopoldo: Sinodal; Petrópolis: Vozes, 2007.

GREGORY, Raymond F. *Encountering religion in the workplace:* the legal rights and responsabilities of workers and employers. Ithaca, New York: Cornell University Press, 2001.

GUTIÉRREZ, Alejandro Torres. *El derecho de libertad religiosa en Portugal.* Madrid: Dykinson, 2010.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.* Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

HOUTART, François. *Sociologia da religião.* Tradução de Mustafá Yasbek. São Paulo: Ática, 1994.

KROHLING, Aloísio. *Os direitos humanos na perspectiva da antropologia cultural.* Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 3, p. 155-182, jul./dez. 2008.

LACOMBA VÁZQUEZ, Joan. "Identidad y religión en imigración: a propósito de las estrategias de inserción de los musulmanes senegaleses". Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social. N. 4 (oct. 1996). ISSN 1133-0473, pp. 59-76.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropología Estructural.* Barcelona: Paidos, 1987.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,* Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

______. Liberdade e Igualdade Religiosa no Local de Trabalho – Breves apontamentos. In: MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes... [et al.]. II Seminário Internacional sobre Políticas Públicas, Proteção ao Trabalhador e Direito Antidiscriminatório. *Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região,* Porto Alegre: HS Editora, n. 3, p. 7-19, 2010.

ORTEGA Y GASSET, José. *Meditações do Quixote.* São Paulo: Iberoamericana, 1967.

PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, *STVDIA IVRIDICA* 40, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais:* uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TILLICH, Paul. *Teologia da cultura.* Trad. Jaci Correia Maraschin. São Paulo: Fonte Editorial, 2009.

VICKERS, Lucy. *Religious freedom, religious discrimination and the workplace.* Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008.

WANDELLI, L. V. (2016). O direito fundamental ao conteúdo do próprio trabalho: uma reconstrução normativa do direito ao trabalho. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]*, *17*(3), 1013-1052. https://doi.org/10.18593/ejjl.v17i3.10199

2. DIREITO AO ESQUECIMENTO

https://doi.org/10.36592/9786554600668-02

Anderson Schreiber[1]

SUMÁRIO

1. Uma palavra sobre o homenageado

Ingo Sarlet não é apenas um dos maiores nomes do Direito Constitucional brasileiro. Seu interesse transcende as fronteiras da ciência constitucional para trazer contribuições relevantes e inovadoras em campos mais específicos, como a proteção de dados pessoais, a tutela da privacidade e as relações entre Direito e tecnologia. Seu pensamento desconhece, do mesmo modo, fronteiras geográficas, transitando muito confortavelmente entre o Brasil e a Europa. Ingo dialoga frequentemente com professores alemães e seus escritos nutrem-se, muitas vezes, de estudos germânicos, mas sem a subserviência que se vê em alguns germanófilos brasileiros, que parecem agir como mero tradutores de construções estrangeiras, sem o espírito crítico e o juízo de adequação imprescindível a quem pretende não

---

[1] Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado e Doutorado) da UERJ. Professor da Fundação Getúlio Vargas – FGV. Membro da Academia Internacional de Direito Comparado. Pesquisador Visitante do *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* (Alemanha). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

vender uma suposta ilustração, mas resolver os problemas que são próprios de seu país.

Conheço Ingo há muitos anos e já tive o prazer de estar com ele em mais de uma empreitada acadêmica. Seu firme compromisso com a ciência jurídica e seu jeito simples fazem dele um professor admirado por seus alunos e por seus pares. Mais que isso, Ingo sabe ensinar com leveza, sem impor gravidade às suas palavras por mais sério e profundo que seja o assunto em debate. O constitucionalismo brasileiro precisaria de mais gente como Ingo Sarlet. É uma pena que seja pessoa tão rara e incomum.

2. O que é e o que não é o direito ao esquecimento[2]

As mudanças tecnológicas alteraram significativamente a forma como o ser humano vem lidando com suas memórias. Se, antes, o indivíduo tendia naturalmente a esquecer, distanciando-se progressivamente do passado, hoje, computadores e aparelhos eletrônicos permitem a "lembrança de tudo".[3] Como afirma Mayer-Schönberger, na era digital, "o equilíbrio entre lembrar e esquecer começou a se inverter": lembrar tornou-se a regra e "esquecer, a exceção."[4] Tais mudanças colocaram em evidência o chamado direito ao esquecimento. Nascido no direito europeu continental (*diritto all'oblio*, na Itália; *droit à l'oubli*, na França; e assim por diante), notadamente com vistas aos casos de ex-detentos,[5] o chamado direito ao

---

[2] O presente texto é fruto da revisitação de artigo originalmente publicado em SCHREIBER, Anderson; MORAES, Bruno Terra de; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. *Direito e Mídia:* tecnologia e liberdade de expressão. São Paulo: Editora Foco, 2022, 2ª ed., pp. 217-230.

[3] COSTA, André Brandão Nery. *Direito ao Esquecimento: a Scarlet Letter Digital*. In: SCHREIBER, Anderson (org.). *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 185.

[4] MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. Delete: *The Virtue of Forgetting in the Digital Age*. New Jersey: Princeton, 2009, p. 196: "*With our capacity to remember, we are able to compare, to learn, and to experience time as change. Equally important is our ability to forget, to unburden ourselves from the shackles of our past, and to live in the present. For millennia, the relationship between remembering and forgetting remained clear. Remembering was hard and costly, and humans had to choose deliberately what to remember. The default was to forget. In the digital age, in what is perhaps the most fundamental change for humans since our humble beginnings, that balance of remembering and forgetting has become inverted. Committing information to digital memory has become the default, and forgetting the exception*."

[5] Para mais detalhes, ver SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 164-165. STJ, REsp 1.334.097, j. 28.5.2013.

esquecimento passou a ser debatido também na esfera cível, no âmbito das relações entre particulares.

No Brasil, o direito ao esquecimento ganhou um sentido peculiar. Em 2013, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.334.097 (Chacina da Candelária), atestou a existência do "*direito ao esquecimento*", mas o definiu como "*um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas de que, posteriormente, fora inocentado*."[6]

Essa acepção do direito ao esquecimento como um "*direito de não ser lembrado contra sua vontade*" incorre no erro de abordar o tema sob ótica voluntarista, na qual fatos relativos ao indivíduo passam a se subordinar à sua esfera de vontade individual, à semelhança de bens que passam a integrar seu patrimônio, de modo a excluir o acesso de todos os demais indivíduos àquele acontecimento. O direito ao esquecimento ganha, assim, contornos proprietários,[7] incompatíveis com a ordem constitucional brasileira, que tutela a liberdade de informação[8] e o acesso à

---

[6] A Corte concluiu, naquela ocasião, que: "*A despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado – com muita razão – um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito.*"

[7] Gustavo Tepedino critica a tutela da privacidade com contornos proprietários e aponta como saída adequada a ponderação concreta de interesses conflitantes: "*No panorama brasileiro, torna-se relevante analisar criticamente a visão da privacidade, ainda difusa em doutrina e jurisprudência, como espaço de poder ("proprietário") do indivíduo, que se encastela em seu território intransponível contra ingerências externas. (...) Em perspectiva diversa, deve-se definir em que circunstâncias e em face de quais interesses se torna legítimo o controle pessoal de informações da vida privada, impedindo-se assim o seu acesso pelo Estado, cada dia mais invasivo, ou por terceiros, motivados por pressões mercadológicas. Trata-se de ponderação necessária entre interesses colidentes, não sendo possível sacrificar, em abstrato, direitos fundamentais, máxime se o critério balizador for a pertinência proprietária, que acaba por prevalecer, com constrangedora proeminência, quando se pensa na privacy como poder de disposição personalíssimo em relação a 'bens' da personalidade.*" (*Lógica Proprietária e Tutela da Personalidade*. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 49, Rio de Janeiro: Padma, 2012, p. vi).

[8] "*Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.*"

informação por toda a sociedade,[9] não apenas como direitos fundamentais, mas como pressupostos do Estado Democrático de Direito.[10]

No extremo oposto a essa concepção, situa-se uma vasta gama de autores que nega qualquer valor ao direito ao esquecimento. O direito de todos ao conhecimento da História excluiria qualquer proteção do indivíduo contra a circulação de informações a seu respeito ou a recordação de fatos que o envolvessem, em qualquer circunstância, o que consistiria intolerável restrição à liberdade de expressão. Nessa perspectiva, o direito ao esquecimento seria um *não-direito*, na medida em que não encontraria assento na normativa constitucional ou infraconstitucional, nem mesmo por via interpretativa. De acordo com parcela da doutrina, este teria sido o entendimento adotado, em 2021, pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ, em que aquela Corte concluiu: "*é incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais*."[11]

---

[9] O acesso à informação é tutelado pela Constituição brasileira, em seu artigo 5º, incisos XIV e XXXIII: "*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; (...) XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.*"

[10] BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de Expressão* Versus *Direitos da Personalidade. Colisão de Direitos Fundamentais e Critérios de Ponderação.* In: *Temas de Direito Constitucional.* Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 105: "*(...) essas mesmas liberdades [de informação e de expressão] atendem ao inegável interesse público da livre circulação de ideias, corolário e base de funcionamento do regime democrático, tendo portanto uma dimensão eminentemente coletiva, sobretudo quando se esteja diante de um meio de comunicação social ou de massa.*". Também nesse sentido, destaca Daniel Sarmento: "*O acesso à informação é essencial para que as pessoas possam participar de modo consciente da vida pública e fiscalizar os governantes e detentores de poder social. Não é exagero afirmar que o controle do poder tem no direito à informação seu instrumento mais poderoso. A transparência proporcionada pelo acesso à informação é o melhor antídoto para a corrupção, para as violações de direitos humanos, para a ineficiência governamental. (...) Não é por outra razão que os regimes autoritários têm ojeriza à divulgação de informações, buscando censurar a imprensa e criar uma redoma de sigilo sobre as suas atividades. Já nas democracias deve ocorrer o oposto.*" (*Liberdades Comunicativas e "Direito ao Esquecimento" na Ordem Constitucional Brasileira*. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 7, 2016, p. 194).

[11] A decisão do STF no RE 1.010.606/RJ será objeto de exame mais detido mais adiante.

Nenhuma das duas abordagens examinadas afigura-se cientificamente adequada, à luz dos estudos especializados sobre o tema, no Brasil e no exterior. De um lado, não se pode acolher uma acepção de direito ao esquecimento que, sob ótica voluntarista, coloque a recordação de fatos pretéritos ao mero sabor do *querer* de cada indivíduo, o que acabaria por criar *proprietários de passados*. De outro lado, contudo, não se pode ignorar que a ordem constitucional brasileira, ao atribuir primazia à proteção da pessoa humana, assegura-lhe tutela em face de uma vinculação a fatos pretéritos tão intensa que impeça o indivíduo de exercer plenamente a liberdade de construir para si uma nova identidade pessoal, dissociando-se de rótulos e emblemas do passado.

Nesse sentido, o direito ao esquecimento não se associa tanto à proteção da intimidade ou privacidade da pessoa humana, mas sim ao seu direito à identidade pessoal, que consiste, por sua vez, no "*direito de toda pessoa expressar sua verdade pessoal, 'quem de fato é', em suas realidades física, moral e intelectual. A tutela da identidade impede que se falseie a 'verdade' da pessoa, de forma a permanecerem intactos os elementos que revelam sua singularidade como unidade existencial no todo social*".[12]

Nas palavras do saudoso jurista italiano Stefano Rodotà, o direito ao esquecimento "*significa que nem todas as pegadas que deixei na minha vida devem me seguir implacavelmente, em cada momento da minha existência*."[13] Nessa mesma direção, a Cassazione italiana concluiu, em 2012, que:

> "*(...) o direito ao esquecimento salvaguarda, na realidade, a projeção de ser tutelado contra a divulgação de informações (potencialmente) lesivas em razão da perda (dado o lapso temporal decorrido desde a ocorrência do fato que constitui seu objeto) da sua própria atualidade, de modo que o seu tratamento*

[12] CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O Direito à Identidade na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 244.

[13] No original: "*diritto all'oblio. Il che significa che non tutte le tracce che io ho lasciato nella mia vita mi devono inseguire implacabilmente in ogni momento della mia esistenza*." (RODOTÀ, Stefano. *Privacy: valore e diritto*. Entrevista disponível no site da Enciclopledia Multimedilae dele Scienze Filosofiche). Acrescenta, ainda, Rodotà que "*il passato non può essere trasformato in una condanna che esclude ogni riscatto*." Em tradução livre: "o passado não pode ser transformado em uma condenação que exclui o resgate." (*Dai ricordi ai dati l'oblio è un diritto?*, disponível no site do Jornal La Repubblica).

resulte não mais justificado e, de fato, suscetível de obstaculizar o sujeito na explicação e na fruição da própria personalidade."[14]

Como se vê, a expressão *direito ao esquecimento* talvez não seja a mais exata. Embora consagrada pelo uso doutrinário e jurisprudencial, tal expressão acaba por induzir em erro o jurista, sugerindo que haveria um direito de fazer esquecer, um direito de apagar os dados do passado ou suprimir referências a acontecimentos pretéritos. Não é disso, todavia, que se trata. O direito ao esquecimento consiste simplesmente no direito da pessoa humana de se defender contra uma *recordação opressiva de fatos pretéritos*, que se mostre apta a minar a construção e reconstrução da sua identidade pessoal, apresentando-a à sociedade sob falsas luzes (*sotto falsa luce*),[15] de modo a fornecer ao público uma projeção do ser humano que não corresponde à sua realidade atual.

Na perspectiva aqui defendida, o embate usualmente invocado entre, de um lado, a "memória de povo" ou sua "História" e, de outro lado, o direito ao esquecimento torna-se um *falso embate*. Isso porque o direito ao esquecimento não deve ser compreendido como o direito individual de reescrever a História ou apresentar uma nova versão para os fatos. Não se trata de um direito a efetuar uma projeção qualquer sobre a esfera pública, mas de um direito de defesa contra uma projeção desatualizada e opressora da pessoa humana.[16]

---

[14] *Corte Suprema di Cassazione*, julgado n. 5525/2012, j. 11.1.2012. Tradução livre do original em italiano: "*il dirirtto all'oblio salvaguarda in realtá la proiezione di essere tutelato dalla divulgazione di informazione (potenzialmente) lesive in ragione della perdita (stante il lasso di tempo intercorso dall'accadimento del fatto che costituisce l'oggeto) di attualità delle stesse, sicché il relativo tratamento viene a resultare non più giustificato ed anzi suscettibile di ostacolare il soggetto nell'esplicazione e nel godimento della propria personalità.*"

[15] A expressão é de CASSANO, Giuseppe. *I diritti della personalità e le aporie logico dogmatiche di dottrina e giurisprudenza – Brevissimi cenni*. Disponível no site Diritto & Diritti: www.diritto.it.

[16] SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 165. Também nesse sentido, ver ALBERS, Marion. *A Imprensa Também Tem Limites*. In: Revista PUC-RS, v. 173. Rio Grande do Sul: PUC-RS, 2015, p. 31: "*Há o perigo de apagar algo da história de um país? Isso não acontece porque as informações seguem publicadas, estão sempre acessíveis aos pesquisadores. O que não vai ser possível é que qualquer pessoa encontre certas informações em mecanismos de busca. Até porque são sempre informações selecionadas, incompletas, um retrato distorcido das pessoas que nunca vão se livrar desse estigma. Isso é o que se quer evitar, mas em absoluto tem-se o objetivo de impedir pesquisas sobre as fontes que continuam disponibilizadas. O que se busca é um esquecimento social, mas não que individualmente não se possa acessar as informações.*"

Uma definição tecnicamente correta sobre o que vem sendo chamado direito ao esquecimento afigura-se indispensável para evitar discussões superficiais entre a tutela desse direito e um suposto interesse contrário ao conhecimento do passado e da História, o que apenas contribui para que o tema permaneça em um plano abstrato e esfumaçado. A definição que ora se sustenta é aquela que, com base nas lições já citadas da doutrina especializada no Brasil e no exterior, compreende o direito ao esquecimento como direito de cada pessoa humana de se opor à recordação opressiva de determinados fatos perante a sociedade (recordações públicas nesse sentido), que lhe impeça de desenvolver plenamente sua identidade pessoal, por enfatizar perante terceiros aspectos de sua personalidade que não mais refletem a realidade.

Tecnicamente, o direito ao esquecimento é, portanto, um direito (a) exercido necessariamente por uma pessoa humana; (b) em face de agentes públicos ou privados que tenham a aptidão fática de promover representações daquela pessoa sobre a esfera pública (opinião social), incluindo veículos de imprensa, emissoras de TV, fornecedores de serviços de busca na internet etc.; (c) em oposição a uma recordação opressiva dos fatos, assim entendida a recordação que se caracteriza, a um só tempo, por ser desatualizada e recair sobre aspecto sensível da personalidade, comprometendo a plena realização da identidade daquela pessoa humana, ao apresentá-la sob falsas luzes à sociedade.

É emblemático o exemplo da pessoa transexual: tendo mudado de sexo, aquela pessoa não deve ser mais apresentada, quer pelo Estado, em repartições públicas, quer pela mídia privada, em reportagens ou entrevistas, como alguém que nasceu homem e se tornou mulher, ou vice-versa, porque, se esse rótulo for constantemente atrelado àquela pessoa, se esse fato passado, embora verdadeiro e público, for constantemente recordado, a sua apresentação à sociedade será sempre uma apresentação deturpada, por dar excessivo peso a um fato pretérito que obscurece sua identidade atual.

Como se vê, há íntima a vinculação entre o direito ao esquecimento e a dignidade da pessoa humana, noção fundante da ordem constitucional brasileira (art. 1º, III, CF). Isso não torna o direito ao esquecimento um direito absoluto. Muito

ao contrário, exige delicado sopesamento em caso de colisão com outros direitos fundamentais de mesmo grau hierárquico, como a liberdade de informação.

3. A colisão entre direito ao esquecimento e liberdade de informação

A liberdade de informação consiste em um direito fundamental expressamente protegido pela ordem jurídica brasileira. Daí não se extrai que a liberdade de informação seja um direito ilimitado,[17] nem mesmo que haja uma prevalência em abstrato do direito à liberdade de informação frente a outros direitos fundamentais.[18] Ausente uma preferência apriorística e abstrata, diante de colisão entre a liberdade de informação e outros direitos fundamentais, incluindo o direito ao esquecimento, como desdobramento da tutela da dignidade humana, cumpre ao intérprete aplicar o método da ponderação.[19]

Toda ponderação, como se sabe, deve ser efetuada à luz da hipótese fática subjacente. Assim, deve-se resistir à tentação de traçar parâmetros supostamente aplicáveis a todos os casos em que se contraponham direito ao esquecimento e

[17] *"Pode-se afirmar, pois, que ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de informação haveria de se exercer de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada (CF, art. 5º, X), deixando entrever mesmo a legitimidade de intervenção legislativa com o propósito de compatibilizar os valores constitucionais eventualmente em conflito."* (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, 7ª ed., p. 309).

[18] Nesse sentido, veja-se a posição do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento da ADI 4815, que tratou sobre o tema das biografias não autorizadas, que, mesmo defendendo uma "*primazia prima facie da liberdade de expressão*", destaca a falta de hierarquia entre normas constitucionais: "*Este caso que estamos analisando hoje, aqui, envolve uma tensão, uma colisão potencial entre a liberdade de expressão e o direito à informação de um lado; e, de outro lado, os chamados direitos da personalidade, notadamente no tocante ao direito de privacidade, ao direito de imagem e ao direito à honra. Nessas situações em que convivem normas constitucionais que guardam entre si uma tensão, e a característica das Constituições contemporâneas é precisamente esse caráter compromissório e dialético de abrigarem valores diversos, a técnica que o Direito predominantemente adota para a solução dessa tensão ou desse conflito é precisamente a denominada ponderação. E aqui eu gostaria de registrar que um dos princípios que norteiam a interpretação constitucional, e consequentemente a própria ponderação, é o princípio da unidade, que estabelece a inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais. Uma norma constitucional não colhe o seu fundamento de validade em outra norma, portanto, elas têm de conviver harmoniosamente e uma não pode ser reconhecida como sendo superior à outra.*" (STF, ADI 4815, Min. Rel. Carmen Lúcia, j. 10.6.2015).

[19] "*La qualità e l'efficacia dell'informazione, nonché le sue stesse modalità di esercizio, non possono non dipendere anche dai contrapposti interessi di natura esistenziale dei suoi destinatari: sí che appare meritevole di consenso il recente indirizzo legislativo e giurisprudenziale vòlto a ravvisare un contegno illecito anche là dove la cronaca e la valutazione dei fatti, pur corrispondendo a verità, lesano inutilmente la dignità altrui.*" (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI, 2003, p. 156).

liberdade de informação. Cada hipótese fática apresenta circunstâncias relevantes distintas, conforme os diversos interesses que se conjugam concretamente. A título de auxílio ao julgador, contudo, é possível formular parâmetros específicos para certos gêneros mais comuns de situações fáticas que ensejam colisão entre direito ao esquecimento e liberdade de informação. Nesse sentido, por exemplo, seria possível traçar parâmetros com vistas aos frequentes conflitos derivados da forma de indexação de resultados acerca de nomes particulares em sites de busca na internet ou, ainda, com vistas à prolongada conservação de dados de devedores que já quitaram suas dívidas em serviços de proteção ao crédito.

A hipótese fática que se enfrenta, a título ilustrativo, no presente estudo é aquela que se consubstancia na veiculação de programas televisivos de relato e/ou encenação de crimes reais – os chamados *true crime*. Tais programas, exibidos em diversos países do mundo, desempenham uma função híbrida, situada entre a reportagem jornalística, a análise histórica (documentário) e o entretenimento. Por vezes, agrega-se a isso um propósito investigativo, com a solicitação de informações sobre pessoas foragidas, ou, ainda, o fomento ao debate público, com a requisição de opinião do público sobre soluções dadas pelos tribunais ou dilemas morais que possam ser suscitados pelo episódio relatado. Por retratarem, contudo, fatos reais, tais programas televisivos suscitam, não raro, reações por parte de pessoas ainda vivas que figuram ora como criminosos, ora como vítimas dos delitos revividos, ou, ainda, por parte de seus respectivos familiares. Não sendo possível estabelecer em abstrato qual dos direitos deve prevalecer, a colisão entre liberdade de informação e direito ao esquecimento somente pode se resolver por uma aplicação técnica do método da ponderação à luz das circunstâncias fáticas relevantes.[20]

---

[20] "*Para estas colisões, a ciência jurídica não oferece uma solução pronta e acabada. Não há uma norma expressa que determine qual dos dois direitos deve prevalecer; ambos são protegidos com igual intensidade e no mesmo grau hierárquico (direitos fundamentais).*" (SCHREIBER, Anderson. *Direito e Mídia*. In: *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 15).

4. Parâmetros para ponderação entre direito ao esquecimento e liberdade de informação em casos de programas televisivos de relato e/ou encenação de crimes reais (*true crime*)

A primeira etapa da aplicação do método ponderativo é o *juízo de adequação*, que testa a adequação entre meio e fim.[21] Trata-se, a rigor, não de ponderação em sentido estrito, mas de controle axiológico-finalístico no exercício da própria situação jurídica subjetiva.[22] Em relação à hipótese de programas televisivos de relato e/ou encenação de crimes reais, devem ser formuladas as seguintes indagações:

a. Sob o prisma da liberdade de informação:

a.1. Trata-se de um crime de efetiva importância histórica, no sentido de que a repercussão do crime ao seu tempo ou suas consequências na sociedade justificam seu relato e/ou encenação pública?

b. Sob o prisma do direito ao esquecimento:

b.1. Trata-se de um crime cujo relato e/ou encenação pública ainda podem efetivamente afetar a identidade pessoal das vítimas, criminosos ou seus familiares vivos, a ponto de interferirem no modo como são identificados pela sociedade?

Caso uma das respostas seja negativa, há prevalência do direito oposto. É que, em tal caso, o exercício do direito fundamental nem sequer se mostra adequado ao atingimento do fim a que se dirige, na axiologia constitucional. O problema que se verifica, contudo, é que frequentemente ambas as respostas são positivas, ou seja, há interesse da sociedade em recordar o crime, por sua repercussão histórica, e há também risco de abalo à identidade pessoal dos envolvidos pela sua marcante relação com o delito retratado. O juízo de adequação não se mostra suficiente para

---

[21] ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 114-115.

[22] "*No âmbito da responsabilidade civil, equivale isso a dizer que a conduta lesiva deve ser adequada à realização do interesse abstratamente tutelado que a autoriza. Caso contrário, o que se tem é o exercício de uma situação jurídica subjetiva em total dissonância com a sua finalidade axiológico-normativa. Em uma tal situação, ocorre abuso de direito, a conduta se torna proibida, e o interesse tutelado não chega a realizar-se, de modo que ponderação, a rigor, não se faz necessária.*" (SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil.* São Paulo: Atlas, 2015, 6ª ed., p. 171).

solucionar a questão, determinando a prevalência de um ou outro dos direitos fundamentais em colisão.

Passa-se, então, ao *juízo de necessidade* (também chamado juízo de exigibilidade), que consiste essencialmente em examinar se as mútuas interferências sobre o interesse protegido são necessárias ou se, ao contrário, há outros meios menos gravosos para atingir os mesmos fins, sem risco para qualquer dos interesses contrapostos.[23] Aqui, cumpre notar, como já se advertiu em outra sede, que a opção pelo meio menos gravoso possível nem sempre é de fácil visualização na etapa que antecede o dano, nem a responsabilidade civil brasileira exige que o agente sempre opte pela via menos gravosa dentre todas as possíveis e imagináveis maneiras de realizar um interesse abstratamente protegido, senão que empregue o cuidado razoavelmente esperado à luz das circunstâncias.[24]

Na hipótese dos programas televisivos de relato e/ou encenação de crimes reais, cumpre responder às seguintes indagações:

a. Sob o prisma da liberdade de informação:

a.2. O modo como o relato e/ou encenação pública do crime ocorreu era necessário ao (*rectius*: razoavelmente exigível para o) atingimento da finalidade informativa, documentarial e histórica? Mais especificamente:

a.2.1. Para relatar e/ou encenar o crime, em toda sua dimensão histórica e informativa, era necessário identificar nominal ou visualmente a vítima ou seus familiares?

a.2.2. Para relatar e/ou encenar o crime, em toda sua dimensão histórica e informativa, era necessário detalhar aspectos do episódio esperadamente sensíveis,

---

[23] ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., pp. 114-115.

[24] Como já afirmado em obra puramente doutrinária, afigura-se "*frequentemente difícil determinar o meio menos gravoso de realização de um certo interesse, já que os meios são comparáveis sob muitos aspectos e o gravame que deles deriva para outros interesses muitas vezes só pode ser verificado a posteriori, em casos concretos. Além disso, questão extremamente relevante para a aplicação do critério no âmbito da responsabilidade civil deriva do fato de que, a princípio, ninguém é obrigado, nas relações privadas, a empregar o meio que, dentre todos os meios possíveis e imagináveis, seja o menos gravoso. Nem com relação à Administração Pública ou ao Poder Legislativo se tem exigido um tal grau de cuidado. Com maior razão, não se poderia exigi-lo do particular, sobretudo em matéria de responsabilidade civil, em que o parâmetro de julgamento tem sido tradicionalmente o do homem médio – hoje substituído gradativamente por standards específicos de comportamento, mas que continuam a requerer um comportamento usual e razoável nas circunstâncias envolvidas, e não uma conduta extraordinariamente cuidadosa.*" (SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, cit., p. 173).

como excessos de violência, caráter sexual do delito ou repercussão emocional do crime sobre a vítima ou seus familiares?

a.2.3. Para relatar e/ou encenar o crime, em toda sua dimensão histórica e informativa, era necessário retratar cenas mórbidas (cenas de cadáveres, retratos de enterros, lápides etc.)?

b. Sob o prisma do direito ao esquecimento:

b.2. Trata-se de um crime cujo relato e/ou encenação pública afetam necessariamente (ou razoavelmente) o modo como os envolvidos são identificados pela sociedade? Mais especificamente:

b.2.1. Trata-se de crime que invade a esfera íntima da vítima ou seus familiares, pela natureza (crimes sexuais, por exemplo) ou intensidade (requintes de violência)?

b.2.2. Trata-se de vítima ou familiares que possuem outras projeções sobre a esfera pública ou, ao contrário, de pessoas que somente tem projeção pública pelo envolvimento no crime?

b.2.3. Trata-se de crime vinculado a sentimento de impunidade ou revolta em relação à solução estatal, capaz de ainda afetar a vítima ou seus familiares?

Somente a resposta a essas indagações permite, superado o chamado juízo de necessidade, adentrar-se o exame da proporcionalidade em sentido estrito, a fim de se aferir se houve interferência injusta (*rectius*: injustificada) sobre a esfera de proteção jurídica reservada quer à liberdade de informação, quer ao direito ao esquecimento, como espectro do direito à identidade pessoal.

5. A questão da autoexposição

Avulta em importância em casos envolvendo o direito ao esquecimento o exame de eventual autoexposição promovida pela própria vítima ou seus familiares, a inserir ou reforçar a inserção do tema no debate público. Tecnicamente, a autoexposição rompe a relação de causalidade entre o exercício da liberdade de informação e a potencial lesão ao direito ao esquecimento, de tal modo que, mesmo diante da existência de culpa e dano, o ato ilícito não se configura. Vale dizer: se o

próprio envolvido projeta o acontecimento sobre a esfera pública, apresentando sua versão dos fatos, não pode invocar o direito ao esquecimento.

Nossa ordem jurídica tutela, como já visto, o direito à identidade pessoal, como expressão da dignidade humana, além do direito à privacidade, à intimidade e à reserva, mas não protege um suposto direito a uma versão única dos fatos. O direito ao esquecimento não pode ser invocado por quem, por ato próprio, projeta o acontecimento sobre a esfera pública, pois isso implicaria um domínio proprietário dos fatos e um controle do fluxo de informações na sociedade contra os quais o próprio direito ao esquecimento se insurge. Trata-se, convém repetir, de um direito contra uma recordação opressiva dos fatos, de tal maneira que não pode o próprio direito ao esquecimento ser convertido em um veículo de proteção jurídica a uma dada versão dos acontecimentos, seja de quem for.

A título de exemplo, voltando à hipótese de programas televisivos de relato e encenação de crimes reais, pode ocorrer que a própria vítima ou, em caso de falecimento, seus familiares projetem o acontecimento sobre a esfera pública, narrando por meio de livros, entrevistas e outros instrumentos sua versão dos acontecimentos. Se assim o fazem, ainda que amparados nos mais nobres propósitos de superação da tragédia, não podem pretender impedir que outros entes capazes de efetuar projeções sobre a esfera pública tratem do mesmo episódio.

Isso não se confunde com a situação de pessoas que se arrependem de atos pontuais, como a postagem de mensagens em redes sociais ou vídeos em plataformas de acesso universal. O exercício do direito de arrependimento, em tais casos, deve ser assegurado, sob pena de se atribuir ao ato diletante e informal, efetuado sem qualquer contrapartida, frequentemente por pessoas menores de idade, uma eficácia vinculante superior àquela que a ordem jurídica reserva aos negócios jurídicos.

6. A suposta preferência da liberdade de informação e o direito ao esquecimento

O tema em discussão é, como se vê, repleto de aspectos que pendem ora a favor da liberdade de informação, ora a favor do direito ao esquecimento. O sopesamento desses aspectos, de acordo com os critérios indicados, não é

obviamente uma tarefa acadêmica, e sim judicial, em sede de juízo de ponderação. Os tribunais têm, no julgamento dos casos concretos, a oportunidade singular de extrair da ordem jurídica brasileira os critérios que devem pautar a tutela do direito ao esquecimento na esfera privada em relação às suas diferentes hipóteses de colisão com a liberdade de informação.

As vozes contrárias ao direito ao esquecimento argumentam, muitas vezes, que é necessário atribuir preferência à liberdade de informação, resolvendo-se a questão em futura indenização por danos causados. Afirma-se que, sem isso, haveria uma imprevisibilidade quanto à possibilidade jurídica de realização de programas, edição de livros e assim por diante, instaurando-se uma insegurança generalizada que acabaria por prejudicar o exercício da liberdade de informação em detrimento de toda a sociedade.

Tal posicionamento, com a devida vênia dos seus ilustres defensores, não parece ser tecnicamente o melhor. Primeiro, é de se notar que o problema da falta de uma previsibilidade absoluta acontece em qualquer hipótese de colisão de direitos fundamentais, não havendo nenhuma razão para que, na situação específica da liberdade de informação, isso seja obstáculo à aplicação da técnica da ponderação, já empregada em tantas matérias pelas nossas cortes.

Segundo, não há dúvida de que os casos de colisão entre liberdade de informação e outros direitos fundamentais têm chegado com frequência cada vez maior aos tribunais, inclusive ao Supremo Tribunal Federal, que tem tido, por isso mesmo, a oportunidade (já algumas vezes perdida) de fixar critérios ou parâmetros, de modo a fornecer para o futuro a cartilha sobre os cuidados que devem ser adotados nas situações limítrofes (por exemplo, não descrever em minúcias a prática de violências sexuais ou não expor imagens da família em enterros, e assim por diante).

Terceiro, a “solução” consubstanciada na oferta de indenização posterior, deixando-se de impedir a conduta lesiva no momento em que ocorre, contraria toda a evolução da Responsabilidade Civil contemporânea, que pretende prevenir os danos em vez de simplesmente indenizá-los pecuniariamente. A deturpação da projeção do ser humano sobre a esfera pública é, frequentemente, irremediável e a “marca” que lhe é atribuída publicamente não se apaga com o recebimento de

qualquer soma de dinheiro. Indenizações pecuniárias são, evidentemente, ineficazes na reparação de um dano que se liga à própria identificação social do indivíduo e que pode acompanhá-lo de modo permanente, por toda a vida.

Quarto, se algum dos interesses em conflito devesse contar com uma preferência apriorística seria seguramente o interesse do ser humano à sua adequada identificação na esfera pública. O argumento de que o interesse da sociedade pela livre informação prevalece sobre interesses individuais reedita perigosamente uma equação típica das posturas autoritárias, que defendem o coletivo como superior ao individual. Em se tratando de atributos essenciais da personalidade humana, ocorre justamente o oposto: o individual é que há de prevalecer em sintonia com a esfera de autonomia existencial do ser humano que não pode sofrer intervenções fundadas no interesse alheio. O corpo do ser humano é inviolável, ainda que a sociedade possa ser beneficiada por tratamentos médicos compulsórios; a privacidade e a imagem do ser humano não podem ser usurpadas, ainda que um banco de dados universal pudesse dar mais segurança à coletividade contra a prática de crimes; e assim sucessivamente. O utilitarismo social não justifica violações a interesses existenciais do ser humano, que são importante conquista da humanidade.

Quinto, e ainda que nada disso fosse verdadeiro, o caminho fácil da hierarquização prévia simplesmente não se afigura compatível com uma Constituição da República que, como a nossa, tutela tanto a liberdade de informação quanto a privacidade e outros desdobramentos da dignidade humana como direitos fundamentais. Aqui, como em tantos outros campos da ciência jurídica, o caminho intermediário é o melhor caminho. O exercício da ponderação é seguramente mais difícil e delicado que a simples hierarquização prévia ou a construção de preferências entre direitos colidentes. Exige a propositura de parametrizações e uma discussão pública nem sempre breve entre tribunais e intérpretes. Ainda assim, trata-se da única via que efetivamente respeita a ordem constitucional brasileira.

7. O caso Aída Curi e a decisão do Supremo Tribunal Federal (RE 1.010.606/RJ)

Em 2021, o Supremo Tribunal Federal examinou a controvérsia em torno do direito ao esquecimento, ao julgar o Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ. O caso em questão baseava-se precisamente em um programa de *true crime* que havia retratado o assassinato de Aída Curi, feminicídio que, cometido no final dos anos de 1950, havia chocado à época todo o país.

Naquela ocasião, nossa Suprema Corte fixou, por maioria, a seguinte tese: "*É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.*"[25]

Nota-se, em primeiro lugar, que o STF se limitou a declarar incompatível com a Constituição uma determinada compreensão do direito ao esquecimento – que não era, como visto ao longo deste artigo, a compreensão mais adequada sob o ponto de vista técnico. Nesse sentido, o STF parece, com todas as vênias, ter travado um debate ultrapassado, discutindo uma noção de direito ao esquecimento que já não correspondia ao estado atual da matéria na doutrina especializada. A impressão que se extrai dos votos de diversos Ministros é que havia uma rejeição maior ao nome (direito ao esquecimento) que a ideia.

Independentemente disso, parece certo que a tese aprovada pelo STF não chega a ser, como anunciaram alguns, uma pá de cal sobre o direito ao esquecimento, pois a parte final do enunciado deixa em aberto a possibilidade de um juízo casuístico acerca da licitude da invocação de fatos pretéritos, à luz de parâmetros bastante genéricos ("*proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral*"). Do modo como foi posta, a tese aprovada por maioria no

[25] STF, RE 1.010.606/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 11.2.2021.

STF não chega a contribuir para a solução dos casos concretos. Bem ao contrário, mantém em estado de indefinição os conflitos entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais, como a honra e a privacidade. Melhor teria sido que a Corte tivesse aproveitado aquela oportunidade para indicar parâmetros para a ponderação, ao menos nas hipóteses de programas de *true crime* (isto é, baseados na retratação ou encenação de crimes reais). Deste modo, a Suprema Corte estaria efetivamente contribuindo para a solução de conflitos, em um sentido ou em outro.

O caráter excessivamente abstrato da tese aprovada pelo STF demonstra que toda a discussão em torno do direito ao esquecimento continua viva no direito brasileiro, desde que entendido de forma diversa daquela que foi rejeitada pela Suprema Corte – o que já ocorre, repita-se, na doutrina. Daí por que é possível supor que o tema voltará a ser debatido nos tribunais superiores, talvez sob uma denominação menos ambígua e equivocada que direito ao esquecimento, mas se centrando quiçá sobre o direito que todos têm de ser retratados de modo atualizado.

Conclusão

O direito ao esquecimento não é um "*direito de não ser lembrado contra sua vontade*". Não se trata de um direito de viés voluntarista, capaz de subordinar acontecimentos relativos ao indivíduo à sua esfera de vontade individual, à semelhança de bens que passam a integrar seu patrimônio. A recordação de fatos pretéritos não pode restar condicionada ao mero sabor do *querer* de cada indivíduo, que acabaria por criar *proprietários de passados*. Isso não quer significar, todavia, que não exista um direito ao esquecimento ou que a ordem jurídica não se insurja contra recordações públicas que sejam capazes de oprimir o indivíduo, como ocorreria no caso do transexual constantemente lembrado de seu sexo de origem ou do ex-detento, que já tendo cumprido sua obrigação perante o Estado, fosse rotulado como um condenado por entes públicos ou privados capazes de afetar sua percepção atual pela sociedade.

O direito ao esquecimento consiste justamente no direito de cada pessoa humana de se opor à recordação opressiva de determinados fatos perante a sociedade (recordações públicas nesse sentido), que lhe impeça de desenvolver

plenamente sua identidade pessoal, por enfatizar perante terceiros aspectos de sua personalidade que não mais refletem a realidade. Tecnicamente, portanto, o direito ao esquecimento é um direito (a) exercido necessariamente por uma pessoa humana; (b) em face de agentes públicos ou privados que tenham a aptidão fática de promover representações daquela pessoa sobre a esfera pública (opinião social), incluindo veículos de imprensa, emissoras de TV, fornecedores de serviços de busca na internet etc.; (c) em oposição a uma recordação opressiva dos fatos, assim entendida a recordação que se caracteriza, a um só tempo, por ser desatual e recair sobre aspecto sensível da personalidade, comprometendo a plena realização da identidade daquela pessoa humana, ao apresentá-la sob falsas luzes à sociedade.

É nessa acepção que o direito ao esquecimento encontra tutela na ordem jurídica brasileira, exigindo ponderação diante de colisão com outros direitos fundamentais, em especial a liberdade de informação. A aplicação do método ponderativo exige a formulação de parâmetros específicos para certos gêneros mais comuns de situações fáticas que ensejam colisão entre direito ao esquecimento e liberdade de informação. No presente artigo, restou examinada, a título ilustrativo, a veiculação de programas televisivos de relato e/ou encenação de crimes reais. Tais programas, exibidos em diversos países do mundo, desempenham uma função híbrida, situada entre a reportagem jornalística, a análise histórica (documentário) e o entretenimento, mas, por retratarem fatos reais, suscitam, não raro, reações por parte de pessoas ainda vivas que figuram ora como criminosos, ora como vítimas dos delitos revividos, ou, ainda, por parte de seus respectivos familiares. A liberdade de informação e o direito ao esquecimento colidem, exigindo solução do intérprete.

São múltiplos os parâmetros a serem observados em tal gênero de conflitos: (a) parâmetro da repercussão histórica do fato;[26] (b) parâmetro do risco à identidade pessoal dos envolvidos;[27] (c) parâmetro da detalhada identificação dos retratados;[28]

---

[26] Deve-se analisar se o crime assume dimensão histórica, ou seja, se houve não apenas ampla divulgação, mas também se o crime despertou a atenção da sociedade ao seu tempo.

[27] Deve-se analisar o grau de intensidade com que os envolvidos foram marcados pelo fato retratado, bem como a repercussão esperada sobre sua esfera pessoal pela recordação pública do crime.

[28] Deve-se investigar a forma pela qual o programa televisivo responsável pela reconstrução do crime individua os envolvidos, verificando se há uso de seu nome real, uso de retratos atuais e/ou antigos e divulgação de informações pessoais atualizadas sobre os envolvidos.

(d) parâmetro da retratação de aspectos sensíveis;[29] (e) parâmetro da reprodução de cenas mórbidas;[30] (f) parâmetro da violência sexual;[31] (g) parâmetro da ausência de fama prévia dos envolvidos;[32] e (h) parâmetro da impunidade dos responsáveis.[33]

A aplicação desses parâmetros permite dar um norte à atuação judicial, atribuindo alguma segurança e uniformidade às decisões na matéria. Por mais delicado e difícil que se revele o emprego do método ponderativo, não se deve renunciar à sua utilização em prol de hierarquizações prévias ou preferências substanciais entre os direitos fundamentais em colisão, sob pena de se desrespeitar a Constituição brasileira que atribui igual peso à liberdade de informação e outros direitos fundamentais, como a privacidade e a intimidade. Somente a ponderação é capaz de construir para o problema do direito ao esquecimento uma solução que constitua, sob o prisma técnico-jurídico, uma resposta segura e duradoura, que transcenda o superficialismo das preferências e privilégios apriorísticos, mais dados a disfarçar as questões que propriamente resolvê-las.

---

[29] Deve-se investigar se o programa retratou elementos da vida íntima dos envolvidos e que não se relacionam com o fato criminoso, como a rotina da vítima ou sua relação íntima e familiar com outras pessoas.

[30] Deve-se investigar a maneira pela qual o programa televisivo abordou o acontecimento criminoso, evitando a reprodução de cenas mórbidas, imagens de cadáveres ou sepultamentos.

[31] Deve-se investigar a natureza do crime retratado, levando em consideração, por exemplo, a intensa repercussão que um crime de cunho sexual pode ter sobre a identidade pessoal da vítima e de seus familiares.

[32] Deve-se investigar se se trata de crime praticado por ou contra pessoas que possuem outras projeções sobre a esfera pública ou, ao contrário, pessoas que somente tem projeção pública pelo seu envolvimento no crime, sendo certo, nesse último caso, que a recordação pública do crime assume efeito mais amplo sobre sua identidade pessoal por ser a única projeção pública daquele indivíduo.

[33] Deve-se investigar se o crime retratado é percebido como crime que restou impune, hipótese na qual atribuir a alguém a condição de vítima ou parente de vítima de crime pode associar o envolvido a uma condição de impotência e até de humilhação pública, pela ausência de justiça.

3. THE EUROPEAN UNION AND THE COUNCIL OF EUROPE AS LEGAL AREA OF FREEDOM, FUNDAMENTAL RIGHTS AND RULE OF LAW[1]

 https://doi.org/10.36592/9786554600668-03

Angelika Nußberger

I) Legal concepts in their cultural and historical embedding

Law is not something abstract. Rather, it is deeply rooted in culture. It is constantly being formed and modified and adapted to new societal requirements and developments. Good ideas can be transferred from one legal system to another one, convincing concepts can be implanted and work in different environments, but that is rather the exception than the rule. The transfer of legal ideas and concepts from Europe to Latin America is possible, yet there is no guarantee that it will work.

My friend and colleague Ingo Sarlet is one of the most prominent bridge builders between Europe and Latin America. During all his professional life he has dedicated his energy to the cooperation between researchers in Brazil and in Germany and thus greatly contributed to an intense exchange of ideas and best practices. I am therefore happy to dedicate this article to his 60th birthday.

1) Value-oriented approach in Europe

Europe is proud of its values. Both the European Union (EU) and the Council of Europe (CoE) identify themselves as value-oriented close forms of cooperation between States on an equal basis. In this context the concepts of rule of law, democracy, and human rights are deemed to be of fundamental importance. We find

[1] Parts of this article were used in a completely different context, i.e. for the reflection on the establishment of a regional human rights protection system in Asian countries; see Angelika Nußberger, The European Union and the Council of Europe as Legal Area of Freedom, Fundamental Rights and Rule of Law, in: Masahisa Deguchi, Kimio Yakushiji (ed.), Europe and Asia as a Legal Area for Fundamental Rights, Springer 2023, p. 1-15.

them in the preambles and in the first articles of all the major legal texts, be it the Statute of the Council of Europe or the EU Treaty.

But in this context "Europe" means the Europe of the second half of the 20th Century. During the first half of the 20th Century law and politics were dire and more daunting than inspiring. The First World War had shattered the continent and interrupted the cooperation between the European States. There was no common frame-work, no pride of being "European".

It is worth having a short look at the very different starting points after for rebuilding and re-inventing Europe after the first and the second World War, first the period after 1918 and then the period after 1945. Both were reference points for commemoration at the end of the second decade of the 21st Century: the end of the first World War in 1918 was remembered and celebrated in 2018, the Versailles Peace Conference of 1919 was an important event to reflect upon in 2019. Yet, a few years later, Europe is faced with the war of aggression of the Russian Federation against Ukraine. European identity has been shattered. It is unclear how we should look back to what we considered "lessons learnt". Still, it is important to look back in order to develop a new model for the future.

2) Lessons learnt after two world wars

The aim both after the First and the Second World War was to secure long-lasting peace. But the analysis of what had gone wrong and led to crisis and war first in 1914 and then in 1939 and what consequences should be drawn from the mistakes made was very different.

The analysis of the catastrophe of the first World War was focused on three aspects: the oppression of people forced to be citizens of multiethnic Empires, the disastrous and ruthless economic competition between the national States, and the lack of a mechanism for effective conflict resolution for interstate conflicts. The legal recipes worked out by Woodrow Wilson, Georges Clemenceau and David Lloyd George in Paris in 1919 were meant to respond to these deficiencies. Three new concepts were developed: self-determination, international standards for labour law

and social policies, (the ILO), and the creation of a universal framework for the cooperation of States, i.e. the creation of the League of Nations.

This peace project failed. Only two decades later the Second World War started.

After 1945 the analysis of what had led to such a disastrous war was different even if the concepts developed after the First World War were not abandoned. Rather there was a shift in the perception of what was important. In his famous Zurich speech Winston Church in 1949 spoke about the "vast, quivering mass of tormented, hungry, careworn and bewildered human beings."[2] Thus, by then, the suffering of the individuals was seen as primordial. It was understood that the root of the tragedy was the absolute power of the State over the individual, the State developing into a machine destroying the individuals instead of allowing them to live and "strive for happiness", the State doing whatever it wanted without being bound by any rules. The answer was therefore the discovery of individual human rights and rule of law. At the same time, cooperation between States was seen to be crucial, but not only on the universal level, but also on the European level. It was also Churchill who spoke in the same Zurich speech about the "European family in a regional structure".

This was the basis, and on this basis two parallel legal frameworks were created in Europe, on the one hand the Council of Europe with its focus on the protection of human rights and rule of law, and on the other hand the European communities with their focus on economic cooperation.

In history it does not make much sense to ask the "if-question" or the "if-not-question" – what would have happened if there had not been a Second World War? Nevertheless, I think it is fair to say that without the catastrophes of the first half of the 20th Century the rebuilding of Europe based on common values such as human rights and rule of law and the creation of European institutions in Brussels, Luxembourg and Strasbourg would not have been likely.

It is interesting to note that in Latin America, even if there was not such a disastrous war among the States, a similar human rights system has been established with the Inter-American Commission of Human Rights and the Inter-

---

[2] Speech on a Council of Europe, Zurich 19 September 1946, http://aei.pitt.edu/14362/.

American Court of Human Rights, although the inroads into State sovereignty are much less intense than in Europe. And there is no supranational legal framework comparable to the EU.

For Europe the main question nowadays is how optimistic we should see our achievements.

I would argue that there are two narratives about Europe – a success story and a story of lost illusions. I will tell you both stories and reflect with you where we stand and what can be learnt from our experience.

II) Human rights and rule of law - a success story for Europe?

1) Bridging the differences between East and West

Half a century ago, when Europe started from the scratch, only half of the European States were in a position to accept rule of law and human rights as basic principle for organizing State and society. There was a huge divide between the countries of Western Europe and Eastern Europe. It was the time of the Cold War. All the countries of the so-called “socialist block” were disconnected from a vital part of the European heritage. Rule of law remained an outcast in the socialist value system. Although long lists of human rights were codified in the constitutions, they followed the model of Stalin's Soviet Constitution, remained only on paper and were null and void because of the State-centered communist ideology which did not allow individuals to decide for themselves. Rule of law was considered to be a remnant of the bourgeois capitalist worldview and was replaced by what was first called “revolutionary legality” and later on “socialist legality”. There was a positivist and formal approach to written law which could at any time be given up for the sake of what was demanded for the accomplishment of revolutionary aims. Instead of legal certainty legal uncertainty and arbitrariness reigned. Civil and political rights were sacrificed to the aims to be achieved by socialist societies. It was only in the late 1980s that the idea of a State based on rule of law and real civil and political rights and freedoms were “discovered” by the Eastern European States and taken up in the newly elaborated constitutions after what was called “velvet revolutions”.

The sudden career of the principle of rule of law and the elaboration of comprehensive human rights codifications as part of the new constitutions after the break-down of communism can be seen as one pillar of the success story of the new world-view in Europe. By now, rule of law and human rights are substantive elements in all written constitutions in Europe and they are a vital part of the discourse in all European States.

2) Institutionalization and judicialisation

Without exaggeration we may say that Europe is especially good at instituting legal mechanisms to secure the implementation of its fundamental values. Thus, the two European courts, the European Court of Justice of Luxemburg and the European Court of Human Rights in Strasbourg are unique. While the first one is "supranational" and its judgments have binding force in all member States of the EU – now 28 and after Brexit 27 -, the second one is "international", i.e. based on the mechanisms of international law. Nevertheless, the Strasbourg Court with its over sixty years of elaborate jurisprudence in all human rights questions, with its work-load of about 60.000 cases per year, with its sophisticated implementation mechanism, is exemplary for all other international courts world-wide. It I obvious that the Inter-American Court of Human Rights is inspired by the case-law and efficiency of its counterpart.

Without any doubt the fact that judges watch over the implementation of human rights and rule of law in the member States is one of the most important factors of the success story.

3) "Acquis" in human rights and rule of law

The third pillar of the success story is the development of the relevant legal concepts step by step, an approach made possible by investing courts with the power to decide on individual cases and thus to resolve problems of interpretation as they arise.

Thus, the concept of rule of law is not just a vague idea, but has become workable. Lord Bingham enumerated in his famous book “Rule of Law” the eight “ingredients”: Accessibility and predictability of the law, exclusion of discretion in the application of rights and liabilities, equality, good faith, adequate protection of human rights, conflict resolution on the basis of law, fair trial, and compliance with the obligations under international law. These “ingredients” coincide to a large extent with what the European Court of Human Rights has elaborated in its jurisprudence over the last decades. Rule of law is considered to be part of the “spirit” of the Convention and to underlie all the Convention provisions. The starting point can be a negative one: Rule of law is the opposite of arbitrariness.

Rule of law and human rights are intrinsically linked. In the following I will introduce what is considered to be fundamental. It can be called the European “acquis” in human rights and rule of law.

a) Basic substantive rights

aa) Fair trial

First and foremost, the relevant provision of the ECHR is Article 6, the right to fair trial and independence of the judiciary. This article enumerates the most essential features of the concept of rule of law based on experience throughout the centuries such as the right to the presumption of innocence, the right to be heard, the right to defend oneself or through legal assistance, and the right to equality of arms. At the same time the basic notion of “fair trial”, i.e. an overall assessment, remains relevant.

bb) Prohibition of torture and inhuman treatment

Rule of law elements are not exclusively to be found in Art. 6. Article 3 enshrines the fundamental principle that the State must not torture or treat people in an inhuman or degrading way. An almost philosophical challenge was posed by the

case Gäfgen v. Germany.[3] A police officer threatened a child's kidnapper with torture in order to save the child's life. Because of the threat the kidnapper led the police to the hiding place, but the child was already dead. Although Germany had sanctioned the police officer on the basis of criminal and disciplinary law, the Court still found a violation as the sanction had not been hard enough. The Court accepted that such a case was not comparable to other cases concerning arbitrary and serious acts of brutality by State agents. Nevertheless, it emphasized that sanctions which are "manifestly disproportionate to a breach of one of the core rights of the Convention", do not have the "necessary deterrent effect in order to prevent further violations of the prohibition of ill-treatment in future difficult situations".[4]

cc) Right to freedom

The gist of Article 5, the right to liberty and security, is the protection against arbitrariness, another essential feature of "rule of law". The same is true for Article 7, the guarantee that there should be no punishment without law, an idea that can be traced back to the old maxime of "nulla poena sine lege", for the first time spelt out explicitly by Cesare Beccaria. The jurisprudence of the Court has refined this principle in many ways. Closely linked to it is the right not to be punished twice, laid down in Article 4 of Protocol No. 7. In this context the Court was in this context confronted with the problem in how far somebody can be held accountable for a war crime after having been granted amnesty. The Court held that the protective clause of Article 4 Protocol No. 7 was not applicable to such a situation. On the contrary, the States were under an obligation to prosecute acts such as torture and intentional killings.

dd) Prohibition of discrimination

Last but not least Art. 14 guarantees the principle of equality of individuals before the law and thus also contains an essential element of "rule of law".

---

[3] ECtHR, 01.06.2010, no. 22978/05 – Gäfgen v. Germany.
[4] ECtHR, 01.06.2010, no. 22978/05 – Gäfgen v. Germany.

ee) Freedom of expression and freedom of religion

There are two more rights that are deemed to be especially important, freedom of expression and freedom of religion. While they are also emphasized in international treaties the ECHR's jurisprudence is especially far reaching in its interpretation. It has developed what we may call "formula" or perhaps "confessions" which are repeated again and again.

> „As enshrined in Article 9, freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a 'democratic society' within the meaning of the Convention. This freedom is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it. That freedom entails, inter alia, freedom to hold or not to hold religious beliefs and to practise or not to practise a religion."[5]

> "The Court has consistently held that freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfilment. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society".[6]

These two formula sound quite similar. They summarize what we can call European heritage, or, even better, "lessons learnt" – individual freedom is seen as the basis for society, restrictions of the individual's freedom are accepted only when "necessary". It is not an only "egoistic" view, but a view that balances the rights of the individual and society. But the individual is clearly in the focal point. Why is it

---

[5] ECtHR, 25.05.2993, no. 14307/88 – Kokkinakis v. Greece, para. 31.
[6] ECtHR, 30.04.2019, nos. 60921/17 and 7202/18 – Elvira Dmitriyeva v. Russia, para. 74, ECtHR, 30.04.2019, nos. 48310/16 and 59663/17 – Kablis v. Russia, para. 79.

necessary to stress that this is the result of lessons learnt?- Because in totalitarian regimes it was the other way round – the State (not society) was the focal point and the individuals had to try to fit into a pre-defined narrow frame.

b) Institutional guarantees and fundamental principles in resolving conflicts

aa) Independence of the judiciary

The implementation of rule of law and human rights will not be possible without an independent of the judiciary; that is the cornerstone of the whole system.

Could we imagine a State without courts? We could, but we would immediately understand how threatening such a vision would be.

The Strasbourg Court has called the judiciary "guarantor of justice, a fundamental value in a law-governed State."

But the very existence of courts is not sufficient. They are of no help if they are not independent and impartial.

The Court has elaborated a differentiated jurisprudence on the notions of "independence" and "impartiality". In order to determine if a court is "independent" the Court focuses on many aspects such as the manner of appointment of its members and their term of office, the existence of safeguards against external pressure and the question whether the body presents an appearance of independence. Although the Convention does not require States to comply with any theoretical constitutional concepts regarding the permissible limits of the powers' interaction, the Court emphasizes in its jurisprudence the principle of "separation of powers".

An important case the Court has decided in this context is the case of Oleksandr Volkov against Ukraine[7] concerning the dismissal of the President of the Military Chamber of the Supreme Court of Ukraine. He had been charged with what was called "gross procedural violations" and was therefore dismissed by Parliament because of "breach of oath", a vague "crime" that could be easily used as an

---

[7] ECtHR, 09.01.2013, no. 21722/11 – Oleksandr Volkov v. Ukraine.

accusation against an unwanted judge. Another important case concerned Hungary where the new Constitution was worded in such a way as not to allow the President of the Supreme Court to continue his mandate or to be re-elected. The Court held that this was a consequence of critical statements he had made about political reforms. Although judges are – having regard to their status – not completely free to comment on politics, in this case the Court found a violation of freedom of speech.

One of the problems of the Court's jurisprudence in this context is that the same legal regulations can have very different effects depending on the legal culture of a country. The legal culture is, however, difficult to "measure" and difficult to evaluate. Cases on judicial independence are therefore difficult to adjudicate, first, because many important facts might not be known, and second, because there might be not only black and white, but also a lot of grey tones. It is rare that, as in the case of Sovtransavto v. Ukraine,[8] a letter of the President of the Republic advising the judge on how to decide can be found in the file.

bb) Legal certainty

Independent judges decide on the basis of the law. The essential guarantee for the implementation of rights in this context is legal certainty. On the basis of the Convention restrictions are only allowed "on the basis of law". For the Court the existence of a legal provision in the respective national legal order as such is, however, not sufficient. It also controls what it called the "quality" of the law. Thus, the Court often repeats the following standard formula:

> "The requirement of lawfulness … is not satisfied merely by compliance with the relevant domestic law; domestic law must itself be in conformity with … the principle of the rule of law, …. The notion underlying the expression "in accordance with a procedure prescribed by law" is one of fair and proper procedure …"

[8] ECtHR, 25.07.2002, no. 48553/99 – Sovtransavto v. Ukraine.

It is important that norms are formulated with sufficient precision in order to enable the individual to regulate his or her conduct accordingly. The individual "must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. This is for example very important in case of regulations giving the executive power large discretion. "The law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference".[9]

cc) Proportionality

A further essential principle elaborated in the Strasbourg court's jurisprudence is proportionality, a principle well known in the German tradition. It was first developed in the administrative courts in Prussia dealing with interventions by the police. In the Court's case-law the question of the proportionality of a measure is often decisive. Interests are weighed, e.g. privacy rights on the one hand, freedom of speech on the other hand. The symbol of the balance, a traditional symbol for justice in Europe, is as important now as it was in Antiquity when it was the attribute of the Goddess "Iustitia".

Proportionality is also relevant in the difficult fight against terrorism. Even if the individual's rights are protected under Article 3 of the Convention which is considered to be an absolute right, in defining the threshold of what is to be considered "inhuman" the Court applies the proportionality principle, even if in a hidden manner. Thus, to give just one example, in the case Ramirez Sanchez v. France,[10] the Court did not find a violation of Article 3 although the applicant was held in solitary confinement for eight years. In this context that Court took into account that the applicant was considered to be the most dangerous terrorist in the 1970s and that he was convicted for terrorist-related offences. The Court explained:

---

[9] ECtHR, 04.12.2015, no. 47143/06 – Roman Zakharov v. Russia, para. 230; ECtHR, 12.01.2016, no. 37138/14 – Szabó and Vissy v. Hungary, para. 65.
[10] ECtHR, 04.07.2006, no. 59450/00 – Ramirez Sanchez v. France.

> "The Court shares the CPT's concerns about the possible long-term effects of the applicant's isolation. It nevertheless considers that, having regard to the physical conditions of the applicant's detention, the fact that his isolation is "relative", the authorities' willingness to hold him under the ordinary regime, his character and the danger he poses, the conditions in which the applicant was being held during the period under consideration have not reached the minimum level of severity necessary to constitute inhuman treatment within the meaning of Article 3 of the Convention."[11]

dd) Enhanced responsibility for the State's actions and omissions

Last but not least, it has to be emphasized that the Court has added a specific new dimension to the meaning of rule of law as "acquis". State authorities are not only responsible for human rights violations they commit themselves, but also for those they enable to be committed. A State based on rule of law cannot close its eyes to the consequences of its actions and omissions even if they happen outside its territory. This might be called responsibility "beyond one's one nose". The famous first example of the relevant jurisprudence is the case Soering v. United Kingdom[12] concerning death penalty. A Convention State is not allowed to extradite someone to another State where he or she would be exposed to torture or inhuman treatment or even to the death penalty.

This approach has been stretched to potential violations of Article 6 of the Convention, the right to fair trial:

> "It is established in the Court's case-law that an issue might exceptionally be raised under Article 6 by an expulsion or extradition decision in circumstances where the fugitive had suffered or risked suffering a flagrant denial of justice in the requesting country."[13]

[11] ECtHR, 04.07.2006, no. 59450/00 – Ramirez Sanchez v. France, para. 150.
[12] ECtHR, 07.07.1989, no. 14038/88 – Soering v. The United Kingdom.
[13] ECtHR, 17.01.2012, no. 8139/09 – Othman (Abu Qata) v. United Kingdom, para. 258.

Thus, rule of law is, to a certain extent, exported to countries outside Europe. Nevertheless, not all potential Convention violations are relevant in this context. Rather, the Court has defined a sort of “second (lower) level” of rule of law comprising only the most basic principles. In this context flagrant violations of fair trial are outlawed such as convictions in absentia with no possibility subsequently to obtain a fresh determination of the merits of the charge, trials which are summary in nature and conducted with a total disregard for the rights of the defense, detention without any access to an independent and impartial tribunal to have the legality the detention reviewed, and the deliberate and systematic refusal of access to a lawyer, especially for an individual detained in a foreign country.

The narrative of the success story of rule of law in Europe is based on solid grounds. It suggests that real progress has been achieved: The “East” has accepted what had been developed in the “West”, institutions have been built up that are models for other world regions, the contents of rule of law and human rights has been clarified in abundant case-law.

Nevertheless, it has to be asked if this success story is really true. A deeper analysis might lead to a less optimistic result. It is also possible to play the role of the advocatus diaboli and to argue that rule of law and progress in the implementation of human rights in Europe is a story of lost illusions.

III) Spreading rule of law in Europe – a story of lost illusions?

1) Discrepancies between legal obligations and reality

The cases brought to the European Court of Human Rights every year do not suggest that there would be any progress in implementing human rights based on rule of law. There are many cases which might be called “anti-rule-of-law-cases” as they manifest complete arbitrariness and violence on the part of the State authorities, above all the police and the prison guards. The following short anecdote may be revealing. In a Ukrainian file a report on a short interview of a policeman was reproduced. He was asked if he had mistreated the detainee and answered: “No, I have not mistreated him. He had already confessed.” This proves an attitude towards

others in a vulnerable situation which should have been outlawed already many centuries ago. Nevertheless, the finding of a Convention violation because of the use of violence in order to obtain confessions can be regarded as routine in Strasbourg. There are no signs that this will improve in the future.

Other "hard cases" concern flagrant violations of the right to liberty where arbitrariness reigns. Thus, the Court had for example to deal with pretrial detention ordered to prevent people from participating in demonstrations or to silence political opponents. The case of Mammadov v. Azerbaijan might serve as an example:

> "The Court considered that Mr Mammadov, who had a history of criticising the Government, had been arrested and detained without any evidence to reasonably suspect him of having committed the offence with which he was charged, namely that of having organised actions leading to public disorder. The Court concluded that the actual purpose of his detention had been to silence or punish Mr Mammadov for criticising the Government and publishing information it was trying to hide."[14]

The Court judgment dates back to 2014. Only five years later, after having served more than two thirds of the prison sentence, in summer 2019, Mr. Mammadov was released, after a procedure under Article 46 para. 4 of the Convention had, for the first time in the Court's history, been started. In the end, a violation of Article 46 para. 4 of the Convention was found, but there was no political follow-up to the lack of respect of the Court's judgments.

Similar cases are to be reported from other countries where basic guarantees of rule of law are denied during trials and pretrial detention is ordered without any or without sufficient reasoning.

There are also cases illustrating that courts in Europe apply the law in a completely arbitrary manner. A good illustration is provided by the case of Khamidov v. Russia in which the house of a Chechen family was occupied by Russian police without any legal basis. The damage to the house was acknowledged by the authorities as well as in one court judgment. Nevertheless, the court judgment was

[14] ECtHR, 22.05.2014, no. 15172/13 - Mammadov v. Azerbaijan, paras. 92, 143.

ignored and the relevant reports were not accepted by the competent Russian court. The European Court used very strong language:

> "The Court is perplexed by this conclusion and cannot see how it could be reconciled with the abundant evidence to the contrary, and, first of all, with the findings made in the judgment of 14 February 2001, or the replies from public officials. In the Court's view, the unreasonableness of this conclusion is so striking and palpable on the face of it that the decisions of the domestic courts in the 2002 proceedings can be regarded as grossly arbitrary, and by reaching that conclusion in the circumstances of the case the domestic courts in fact set an extreme and unattainable standard of proof for the applicant so that his claim could not, in any event, have had even the slightest prospect of success."[15]

Confronted with such repetitive cases it may be allowed to ask if the inscription of the principle of rule of law in constitutions and the ratification of an international treaty based on rule of law is more than a lip-service.

Looking back at the decades of human rights jurisprudence it might even be asked if the standards already achieved are lowered again. Is progress an illusion?

One sign of retrogression might be that the Court's authority is undermined by the deliberate non-execution of its judgments. This is true for many member States. But Russia, which is no longer a member State, was always a bad example. Thus, a special procedure was introduced in order to contest the enforcement of binding judgments deemed not to be compatible with the Constitution. This mechanism was used twice before Russia was expelled – a clear sign of disrespect towards the Court.

2) Controversies about the core meaning of the principle of rule of law

Furthermore, even if the Court has clarified many different aspects of the principle of rule of law in the last decades, essential questions remain unanswered. One important controversy concerns for example jury trial, on the one hand deemed to be especially fair and transparent, on the other hand heavily criticized as the

[15] ECtHR, 15.11.2007, no. 72118/01 - Khamidov v. Russia, para. 174.

judgments are, as a rule, not reasoned. The critique of the jury trials touches upon the constitutional identity of some member States of the Convention system They consider the introduction of jury trials as a major achievement in implementing rule of law. It is worth quoting the arguments of the Irish Government who acted as a Third Party intervener in the case Taxquet v. Belgium:

> "In the Irish Government's submission, the system of jury trial in Ireland was the unanimous choice of accused persons and of human-rights advocates and was viewed as a cornerstone of the country's criminal-law system. There had never been a complaint that the system lacked transparency or impinged on or inhibited the rights of the accused. The system inspired confidence among the Irish people, who were very attached to it for historical and other reasons…."[16]

Thus, for some jury trials inspire confidence, for others they have to be reformed as they leaves the accused without an explanation of why he or she was found guilty – completely different approaches, no consensus about what is right and wrong. The Court's jurisprudence is lukewarm in this context. It accepts jury trials, but at the same time checks the results on a case-by-case basis.

Similar seemingly insurmountable differences are seen in the attitude towards trials in absentia. While according to Italian procedural law accepts them under specific circumstances, the German Constitutional Court considers then as incompatible with human dignity and rule of law. It argues that in such a case an extradition would even violate German constitutional identity.

3) Reforms challenging the common heritage

Although the ideological divide between East and West seemed to be overcome, there are still or once again major differences between Western European countries on the one hand and Poland, Romania and Hungary on the other hand. There is no agreement on recent reforms of the judiciary which – for the one side – are meant to strengthen independence and – for the other side – to undermine it. The

[16] ECtHR, 16.11.2010, no. 926/05 – Taxquet v. Belgium, para. 76.

controversy is about measures such as lowering the age limit for judges with the consequence of ending the judicial careers of a large amount of especially experienced judges and then raising the age limit again, sacking active investigators of corruption or establishing special disciplinary chambers sanctioning the way how judges decide. While EU law in the field of judicial policy is theoretically built on "mutual trust", it seems that quite a few of the most recent judgments of national courts and the EU Court in Luxembourg show an evident lack of trust. Clashes show that there might be less common ground than assumed.

If, however, Europe loses its belief in rule of law, it loses its identity.

IV) Response to the challenges

The decisive question therefore is which narrative is true. Where do we stand more than 100 years after the Versailles Treaty, almost 75 years after the foundation of the Council of Europe, more than 30 years after the end of the Cold War, almost 20 years after the accession of many Eastern European States to the European Union? It is clear that with Russia being expelled from the Council of Europe as well as from the Convention system there is no more "common European house". On the contrary, the gaps between Russia and Belarus and the rest of Europe could not be more glaring. This is not an open question. Yet, what about the rest of Europe? Is it united and accepts the same values or is there also a divide? Building up a new and united Europe with a European Court of Justice, a European Court of Human Rights and rule of law – was it a success story or a story of lost illusions for those 46 countries that still identify themselves as "European"?

There is some truth in both narratives, the optimistic and the pessimistic one.

The mission of all those striving for societies based on rule of law resembles the task of Sisyphus. We have a huge boulder in front of all of us. We have to push it up on top of a mountain. We can never exclude that the boulder might roll down again, but we must never give up. This mythological story can be interpreted in the perspective of Albert Camus. The last words of his philosophical study are:

> "The struggle itself towards the summits is enough to fill a man's heart. You have to imagine Sisyphus happy.[17]

V) Europe as a model?

But for Latin American countries the question remains if the European model is inspiring for them, if they want to coordinate their efforts in order to follow the same path with a very strong human rights protection system going beyond what they have today with the coexistence of court and commission. Perhaps it is helpful not to have utopian visions, but to see reality as it is. Some questions and answers might be helpful.

Has the European model brought peace?

Only partially. Member States of the European Union have never resorted to violence against one another, despite important controversies, e.g. during the financial crisis in Greece. The same is, however, not true for the member States of the Council of Europe. It is sufficient to mention the armed conflicts between Georgia and Russia, as well as between Ukraine and Russia and Armenia and Azerbaijan. The idea was that the Convention might be helpful in such a situation as the Court could provide a platform for conflict resolution in inter-State cases. A judgment on compensation in the first case Georgia v. Russia was adopted; Russia has, however, never paid. The outbreak of a war of aggression could not be prevented. And it is very doubtful in how far potential judgments of the Court on human rights violations during the war will ever be accepted and executed.

Has the European model helped to create a “European identity”?

Yes, if something like a European identity exists, it is mainly built on common values that were elaborated over many years step by step, not least concerning women's rights and minorities' rights. However, this convergence is undermined by new populist movements claiming back (absolute) sovereign rights for the national States. Brexit is an example for such developments, but also anti-rule-of-law reforms in several central European States.

[17] „La lutte elle-même vers les sommets suffit à remplir un cœur d'homme. Il faut imaginer Sisyphe heureux."

Has the European model a future?

Yes. The European model has overcome already many crises. Even if the present crisis seems to be deeper and more threatening than other crises before, there are no signs of a general abandonment of the project. Rather, there seems to be consensus that common values are more necessary now than ever. Yet, it is understood that “more” is not always “better”. The principle of “subsidiarity” is leading the way.

For Latin-American countries Europe is far away. Observing with distance what is going on might help to find out what mistakes should not be repeated and what is positive and inspiring. In this context, Ingo Sarlet who perfectly knows both the European and the Latin-American legal systems, will be the perfect guide and advisor.

4. DIREITOS, MULTICULTURALISMO E INTERCULTURALIDADE
RIGHTS, MULTICULTURALISMO AND INTERCULTURALITY

https://doi.org/10.36592/9786554600668-04

Anizio Pires Gavião Filho[1]

Juliana Venturella Nahas Gavião[2]

Introdução

O movimento em favor do chamado multiculturalismo tem provocado intensa controvérsia, produzindo diversidade de opiniões não somente por seu viés jurídico, mas também filosófico e sociológico. Em largas linhas, esse debate ganha importância em face da ligação direta do tema com a evolução dos direitos humanos no contexto multicultural da sociedade atual e a necessidade de seu reconhecimento e efetivação.

A sociedade evolui, a globalização se intensifica e os desafios na concretização dos direitos humanos positivados constitucionalmente se mostram cada vez mais complexos, à luz do cenário de diversidade cultural, que constitui marca da sociedade contemporânea.

Os direitos humanos precisam de efetivação como forma de garantia da dignidade humana e da harmonia da sociedade, devendo ser alcançados a partir de um diálogo intercultural que possa alcançar solução a conflitos advindos de uma realidade inexoravelmente multicultural. A grande questão, pois, é como alcançar a convivência pacífica diante da diversidade cultural. E a resposta parece estar em

[1] Doutor em Direito pela UFGRS. Professor Coordenador do Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS. Professor Titular da FMP/RS. Procurador de Justiça, RS. Orcid: http://orcid.org/0000-0002-8152-1005.
E-mail: piresgavião@hotmail.com
[2] Mestrado em Direito – UFRGS, Promotora de Justiça, RS. E-mail: junahasgaviao@gmail.com

conexão com a própria história da evolução dos direitos e do reconhecimento dos direitos humanos, notadamente os direitos humanos das minorias.

Esta investigação tem o propósito de analisar algumas questões adjacentes ao multiculturalismo, sem pretensão de esgotar o tema, destacando, principal e notadamente, o problema colocado pela necessidade de os direitos humanos serem compreendidos, interpretados e aplicados no contexto de um necessário diálogo intercultural. O desafio está em viabilizar uma harmonização necessária dos direitos humanos, que colocam pretensão de universalidade, com as diferenças próprias de um cenário cultural de diversidades.

A fim de que a problemática colocada seja enfrentada, esta investigação vem estruturada em duas partes.

Na primeira parte, tem-se a análise dos direitos humanos e sua evolução, bem como da diferença na sociedade contemporânea, como peculiaridade da própria natureza humana e da necessidade de sua aceitação através do próprio reconhecimento dos direitos humanos como fins da democracia.

Na segunda parte, propõe-se uma análise do multiculturismo a partir de sua origem e principais traços característicos. Nesse ponto, tem lugar uma discussão sobre as ações afirmativas, em face da atualidade do tema nos sistemas jurídicos atuais, e como adjacência da análise da perspectiva cultural do multiculturalismo. Igualmente, merece destaque uma discussão do diálogo intercultural como mecanismo de reconhecimento de direitos, e como etapa a ser vencida pelas diversas formas culturais na busca da efetivação de direitos humanos por meio do envolvimento de toda a sociedade. A fim de que a hipótese da investigação encontre resposta, o fechamento desta última parte se destina a discutir a diferença entre multiculturalismo e a interculturalidade, destacando, ao lado da tolerância e convivência entre culturas – elementos essenciais ao multiculturalismo –, a

necessidade de aceitação e acolhimento do outro, propondo a busca de um fim comum, visando acima de tudo, o pleno reconhecimento dos direitos humanos.

O que segue, então, tem por objetivo desenvolver essa temática e responder ao problema formulado, sob a base de uma investigação metodológica comparativa de material bibliográfico de referência.

1. Os direitos humanos e a diferença na sociedade contemporânea

1.1. A evolução dos direitos

A busca pelo reconhecimento de direitos e por melhores condições de vida marca o ideário humanitário ao longo da história das civilizações. Os direitos humanos são reflexos da evolução de sua história (GOZZI, 2001, p. VIII-XXXI). E em face da existência de uma imensa diversidade cultural busca-se, até hoje, diante da evolução histórica permanente[3], o reconhecimento de direitos e formas distintas de concebê-los a partir do próprio desenvolvimento da humanidade.

O problema dos direitos é estreitamente conectado com os ideais da democracia e da paz. Os direitos do homem, assim como seu reconhecimento e sua efetivação, representam a base das constituições dos estados de direito democráticos. E a paz é imprescindível para o reconhecimento destes direitos em cada estado e no cenário internacional. E ao mesmo tempo, o processo de democratização do sistema internacional, cujo fim perseguido é a *paz perpetua*, não pode ter continuidade sem uma gradativa ampliação do reconhecimento dos direitos humanos acima de cada estado (BOBBIO, 1992, p. 1). Aqui, como deixa saber Habermas, a referência à *paz perpetua* kantiana, que deve ser entendida no sentido de um ideal de ordem cosmopolita destinada à abolição da guerra, requer o reconhecimento do universalismo de direitos cosmopolitas e de uma política dos direitos humanos. No âmbito dos estados, a ideia de constituição deve ser compreendida em consonância com os direitos humanos (1999, p. 147-148). O papel de Kant na formação histórica dos direitos humanos é destacado igualmente por

---

[3] Sobre as grandes etapas da formação e evolução histórica dos direitos humanos, ver Comparato (2001, p. 36-65) e Perez Luño (1998, p. 29-42).

Luño, ao observar que os elementos constitutivos da ideia de direitos humanos, a relação de necessariedade entre estado de direito e direitos fundamentais e a concepção axiológica das liberdades como explicitações da justiça são formulações originárias do pensamento kantiano (2001, p. 451).

E é exatamente dentro dessa perspectiva que insere a importância do multiculturalismo como um reflexo da nova de era de direitos, dada a evolução da humanidade e a necessidade da garantia dos direitos que surgem da diversidade cultural. A importância de seu reconhecimento traduz-se na busca de um fim que Bobbio já mencionava: a busca por um ideal de paz mundial (1992, p. 1). Reconhecer direitos humanos é, acima de tudo, reconhecer as diferenças, seja de sexo, etnia, religião ou raça. E para reconhecer o outro se faz necessário, antes, reconhecer-se a partir do outro, o que parece ser uma das grandes dificuldades do homem. Essas são questões que permeiam o desenvolvimento da humanidade na busca da harmonia e paz (BOBBIO, 1992, p. 1-2).

Nesse sentido, deve ser acrescentada a contribuição de Dworkin que, ao discutir a necessidade de o estado promover a igualdade entre as pessoas, destaca a importância da diferença, afirmando que homens e mulheres podem partir de uma posição semelhante para que, depois, diversificarem-se segundo suas próprias habilidades, opções, convicções (1993, p. 102). No mesmo sentido, Arendt analisa essa diferença sobre a perspectiva ontológica, base para o reconhecimento da singularidade da própria natureza humana (2008, p. 16-17). Ela tem uma característica dupla: igualdade e diferença (LAFER, 1988, p. 151). Por isso mesmo, restou justificada a afirmação de que a diversidade é central para a dignidade humana. O próprio Kant já deixava saber que direito é um conjunto de condições sob as quais o arbítrio de um pode se conciliar com o arbítrio do outro, segundo uma lei universal de liberdade. Então, uma ação é conforme o direito quando permite a convivência da liberdade de arbítrio de um com a liberdade de arbítrio de todos (2002, p. 39).

O desejo de uma convivência pacífica entre diferentes mundos coloca a questão sobre a possibilidade de harmonização também pacífica entre as diferenças sociais e culturais, dada a realidade de uma sociedade multicultural e a necessidade de inclusão de todos para a convivência harmônica e a efetivação dos direitos. Não

se trata de saber quais são esses direitos que advém da diversidade cultural, e quais são seus fundamentos ou natureza, mas sim qual seria o modo mais seguro de garanti-los para impedir que eles continuem sendo violados. Então, a questão central não está na discussão sobre a validade dos direitos, notadamente por que essa se acha justificada pela própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, mas na ausência de condições concretas para a concretização desses direitos. No contexto do multiculturalismo, esse é o caso dos direitos das minorias que não tem respeitadas as suas diferenças (BOBBIO, 1992, p. 25).

A luta e o consequente reconhecimento dos direitos humanos encontram conexão com a evolução histórica da sociedade e as mudanças no poder e no próprio ponto de vista e valores da sociedade. A efetivação de uma maior proteção dos direitos do homem está ligada, assim, ao próprio desenvolvimento global da civilização humana. Como já dizia Bobbio, ao sugerir o exame do desenvolvimento dos direitos humanos depois da Segunda Guerra Mundial, a leitura da Declaração Universal dos Direitos do Homem e a análise em torno de si, que será obrigatório "reconhecer que, apesar das antecipações iluminadas dos filósofos, das corajosas formulações dos juristas, dos esforços dos políticos de boa vontade, o caminho a percorrer é ainda longo", acrescentando, ainda, "a história humana, embora velha de milênios, quando comparada às enormes tarefas que está diante de nós, talvez tenha apenas começado" (1992, p. 45-46).

Desse modo, muito embora o avanço já alcançado na concretização de direitos e do reconhecimento das diferenças e da importância da convivência pacífica entre culturas e propósitos de naturezas diversas, sendo o respeito pelos direitos humanos sempre o ideal a ser perseguido, o caminho ainda é longo no sentido da conquista de uma sociedade ideal e pacífica.

Aliás, pode ser afirmado que o reconhecimento dos direitos humanos é a melhor forma de lidar com a diversidade cultural, na medida em que propõe uma releitura dos próprios dogmas do multiculturalismo segundo a linguagem universal dos direitos fundamentais. Com isso podem ser satisfeitas as exigências dos oprimidos e das minorias. Isso significa que os direitos humanos mais caros, como a igualdade e a não discriminação, por si só já poderiam suprir os problemas e conflitos advindos da diversidade cultural. Nesse sentido, Rosas destacou que "a

linguagem universal dos direitos fundamentais deve ser utilizada para acomodar e corrigir divergências culturais" (2011, p. 12). Assim, o reconhecimento da diferença e a afirmação dos direitos humanos como instrumento regulamentador de conflitos adjacentes à diversidade, com a consequente inclusão das minorias, constitui mecanismo imprescindível à busca da paz social.

1.2. A diferença como condição humana e sua aceitação como forma de reconhecimento de direitos

O reconhecimento dos direitos humanos pressupõe o reconhecimento de que as pessoas não são iguais, e que não existe um padrão de sociedade formada com indivíduos de iguais valores e identidade.

A discussão acerca do multiculturalismo ganha importância na medida em que pretende estabelecer uma sociedade democrática em um mundo socialmente cada vez menos homogêneo. É necessária, portanto, a busca de um vínculo comum que torne possível a vida em sociedade de indivíduos, situações e comunidades muito diferentes entre si. A diversidade deve ser compatível com o desejo de uma nação. Os direitos das minorias devem ser reconhecidos sem que isso possa afrontar a comunidade em geral. O intercâmbio de ideias deve ser fomentado para que se alcance um espírito comum, e que a busca desta diferença proteja o todo de qualquer risco de fragmentação (BAUMAN, 1998, p. 43). O problema é que a diferença é inexorável. Por isso mesmo, segundo Bauman "a questão já não é como se livrar dos estranhos e do diferente uma vez por todas, ou declarar a diversidade humana apenas uma inconveniência momentânea, mas como viver com alteridade, diária e permanentemente" (1998, p. 44).

A autenticidade e o reconhecimento das escolhas do outro poderiam levar à fragmentação se não houvesse um sentido de cidadania, uma espécie de patriotismo que guarda, acima de qualquer possível divergência social, a unidade da comunidade. E o respeito aos direitos de cada um, apesar das diferenças, é que vai constituir sua inclusão no estado democrático de direito, que é o mínimo a ser exigido de cada cidadão. Segundo Habermas, todos os indivíduos devem ter liberdade de ação, e isso nada mais é do que o dever de respeito à diferença e a necessidade de

que mesmo diferentes todos participem do processo político e possam assim coabitar, e sob esse enfoque deve ser construída uma sociedade democrática (2003, p. 155).

A vida em sociedade pressupõe uma inter-relação capaz de promover virtude e sentimento de solidariedade com base em conteúdos bons e não com critérios de correção deste inter-relacionamento. É no acordo e não no conflito que podem ser incluídos os diferentes e respeitada a cidadania e a democracia (PINILLIA, 1997, p. 377).

A questão é que não se trata tanto de admitir se viver em uma comunidade e que por ela devem-se adaptar as ideias e esta é uma contingência necessária, mas sim que a mesma vida em comunidade necessita de uma série de novas abordagens. Se os indivíduos se estabelecem em grupos de onde tiram sua própria identidade, esses grupos não podem ser considerados como meras associações, mas sim como formadores e formados por eles. Todos querem ser reconhecidos pelo mundo a que pertencem, não sendo neutros, ou irreconhecíveis (PINILLIA, 1997, p. 377-379).

Buscar uma solução às questões políticas e sociais atuais tentando proteger a tradição ou assegurar a unidade e coesão da comunidade, leva à definição de posturas que não compreendem claramente o que hoje significada ser uma comunidade. Pensar hoje em uma tradição forte é pensar em um mundo que já não admite que se coloque a perder os valores da dissidência, a opinião diferente ou os grupos das minorias (PINILLIA, 1997, p. 380). Não é possível pensar que com dissenso não há comunidade possível. As pessoas são diferentes, e elas precisam ser livres para criarem sua própria tradição, a partir de seus conceitos de virtude, razão e escolhas.

Exatamente nesse espaço que se coloca o multiculturalismo ao reconhecer essas diferenças e garantir a inclusão social de todos que compõem um mundo cada vez menos homogêneo, notadamente pela afirmação dos próprios direitos humanos.

2. O multiculturalismo

2.1 A gênese do multiculturalismo e seus principais aspectos

Uma concepção de multicultarismo amplamente aceita é a de que define uma sociedade composta com diferentes grupos étnicos, geográficos, religiosos e raízes culturais que buscam posições e reconhecimento nos mercados de trabalho, bens e capital. Os elementos centrais das discussões sobre o multiculturalismo são exatamente a diferença e a igualdade (BROEKMAN, 2003, 16).

O multiculturalismo encontra sua gênese em um processo de mistura, de reivindicações das minorias e de encontro de diferenças, constituindo-se em um assunto de identidade e reconhecimento social. Cuida-se de um fenômeno inexorável da sociedade contemporânea. Não se trata somente de reconhecer cada um como diferente, fator inerente à própria condição humana, mas de respeitar a identidade que se constrói a partir da influência do contexto cultural (OLIVEIRA JUNIOR; SILVA MOREIRA, 2016, P. 197-198).

A diferença é, de fato, a grande questão do multiculturalismo. Diferença social, demográfica e até mesmo diferença enquanto categoria da ciência filosófica. Houve um evidente crescimento da diferença étnica e racial em face da forte migração ocorrida no mundo todo, o que contribuiu profundamente para a atenção especial alcançada ao multiculturalismo (SEMPRINI, 1999, p. 171).

A diferença faz surgir conflitos e tensões de natureza sociopolítica, colocando-se a necessidade de equilíbrio de recursos humanos, controle social e coordenação da redistribuição do poder. O multiculturalismo faz surgir problemas importantes, como a incapacidade de uma sociedade em integrar diferenças de forma natural, que não seja trabalhada de forma autoritária para se tornar aceitável. Os modelos mais paradigmáticos de espaço social multicultural parecem conter em seu âmago a dificuldade de digerir e até mesmo integralizar a diferença. O problema todo parece estar na própria estrutura filosófica da sociedade moderna, de certa falta de condições para absorver as mutações em curso na era moderna e compreender fatos sociais históricos e novos que se fundem e que aguardem novas posturas da

sociedade para o convívio pacífico e harmônico de todos, dadas a liberdade e diferença de cada um.

Para Semprini, e aqui se referindo especificamente à sociedade norte-americana, é bem possível que as controvérsias multiculturais enraizadas nesta seja apenas o sintoma de uma crise de crescimento, de uma difícil adaptação à uma sociedade mais diversificada e pluralista. E a questão fundamental do multiculturalismo para todas as sociedades é a própria modernidade. Todas as categorias da sociedade moderna parecem estar em crise. E é este o grande desafio da civilização que é colocado pelo multiculturalismo (1999, p. 172-173).

O pluralismo cultural, como igualmente é chamado o multiculturalismo, pretende alcançar o reconhecimento e o respeito à diversidade cultural que, não há dúvida, está presente em todas as sociedades. A grande questão da atualidade é a de como promover o alcance da harmonia nestas sociedades de grandes diversidades culturais. E o multiculturalismo procura atender a necessidades adjacentes a esta diversidade, como a proteção das identidades culturais e, ao mesmo tempo, a efetivação dos direitos humanos, a fim de se evitar qualquer lesão ou ameaça de lesão à dignidade de qualquer pessoa e a busca da harmonia da coletividade.

Para o reconhecimento dos direitos das minorias e as demais adjacências de um sistema de diversidade é necessário o fortalecimento de uma sociedade democrática e plural que conduza à formação de políticas públicas que possam garantir a igualdade e a realização destes direitos.

Para Semprini, há duas interpretações ao multiculturalismo: uma política, em que se investigam as reivindicações das minorias como forma de alcançar o reconhecimento de direitos sociais e políticos; e outra cultural, em que se analisam as reinvindicações de grupos sem necessariamente uma base objetiva étnica, política ou nacional. Definem-se estes mais como movimentos sociais em busca de valores comuns, sentimentos de identidade comuns e até mesmo comportamentos marginalizados também comuns (1999, p. 43-44). A exclusão e a diferença levam os indivíduos à formação de grupos, pela identificação de valores comuns.

A partir da diferenciação destas leituras política e cultural sobre o multiculturalismo, e então sob uma perspectiva cultural, pode ser destacada uma das

principais problemáticas do tema, que é a que diz respeito à educação. A educação garante a formação do indivíduo e sua interação em uma comunidade de iguais. Cria-se, a partir da educação, um sentimento de pertencimento a algo maior que o seio familiar e a rede étnica e consuetudinária, que é a própria sociedade (SEMPRINI, 1999, p. 44-46).

Ainda, a educação viabiliza a construção da personalidade e o desenvolvimento das capacidades da pessoa, tendo profunda ligação com a criação do senso crítico e das escolhas da vida – o que denota seu viés libertário do cidadão. Nesse sentido, aliás, Nowak deixa saber que a educação é uma precondição para o próprio exercício dos direitos fundamentais. Isso porque o exercício dos direitos de liberdade como liberdade de informação, liberdade de expressão, liberdade de associação, direito de votar e ser votado, bem como o direito ao igual acesso ao serviço público depende de um nível mínimo de educação. O mesmo pode ser afirmado em relação ao exercício dos direitos sociais e culturais (2001, p. 245). A educação é um dos mais importantes meios de criação e promoção de uma cultura universal dos direitos humanos.

2.2. A ação afirmativa

A ação afirmativa é tema de notória controvérsia e encontra plena conexão com as questões colocadas a partir da relação entre direitos humanos e multiculturalismo. Essa formulação se acha justificada na medida em que as chamadas ações afirmativas visam exatamente promover a concretização de medidas materiais igualitárias em favor das minorias, a fim de combater a discriminação racial, de gênero e de origem (AZAMBUJA, 2016, p. 127)[4].

Segundo Sandel, três razões justificam a ação afirmativa para que raça e etnia sejam levadas em consideração: correção de distorções em testes padronizados,

[4] Uma descrição cuidadosa de decisões da Suprema Corte norte-americana sobre ações afirmativas e a discriminação no acesso à educação encontra-se em Gomes (2001, p. 93-130). Consultar Azambuja para uma comparação das decisões da Suprema Corte norte-americana e do Supremo Tribunal Federal sobre ações afirmativas e o princípio da igualdade (2016). De qualquer modo, adverte Sunstein que a questão das ações afirmativas deve ser resolvida democraticamente e não pela via jurisdicional (2001, p. 125).

compensação por erros do passado e promoção por diversidade, muito embora a verdadeira discussão trate destas duas últimas (2011, p. 210-211).

A razão pela qual são levados em conta os critérios de raça e etnia é a correção de possíveis distorções nos testes padronizados. No entanto, a capacidade destes exames de aptidão escolar para verificar o possível sucesso acadêmico tem sido questionada. Alguns estudos comprovam média inferior de negros e de hispânicos, em testes acadêmicos, em relação à dos brancos, mesmo com o ajustamento das classes econômicas. Todavia, a constatação de tal discrepância deveria ser interpretada também levando em conta outros critérios, como antecedentes familiares, sociais e educacionais dos alunos (SANDEL, 2011, p. 2011).

A controvérsia, no entanto, recai sobre os demais argumentos que fundamentam a ação afirmativa: o argumento compensatório e o argumento da diversidade.

O argumento compensatório traz a ação afirmativa com forma de compensar as injustiças do passado baseadas em discriminação e a consequente posição de inferioridade. E a crítica principal a este argumento é que nem todos que ocupam tal posição por sua raça ou etnia foram efetivamente vítimas no passado, e muitos deles inclusive fazem parte da classe média ou alta da sociedade sem de fato estar em desvantagem sobre os demais (AZAMBUJA, 2016, 127). Assim, sob este viés, o argumento que deveria prevalecer seria a classe social e não a raça.

O argumento da diversidade trata a ação afirmativa não como uma recompensa, mas como um instrumento para viabilizar o alcance de um objetivo socialmente mais relevante. O benefício aqui seria justificado em nome do bem comum, o bem da sociedade em geral. A diversidade permite o conhecimento de todos entre si, com suas diversas culturas, muito mais do que fossem todos de mesma raça, etnia e classe social. E ainda sob este argumento, é considerada possibilidade de que minorias possam assumir lideranças na vida pública e profissional (SANDEL, 2011, p. 212-213).

Ao argumento da diversidade podem ser oferecidas objeções sob duas perspectivas: uma de ordem prática e outra ideológica. A primeira aponta a possível ineficiência das diretrizes da ação afirmativa, uma vez que a utilização do favorecimento racial não tornará a sociedade mais diversificada ou menos

preconceituosa e desigual, mas sim poderá afetar a autoestima dos estudantes advindos das minorias, fomentará a conscientização racial e a indignação de grupos étnicos brancos que clamarão por mais oportunidade de participação. A crítica ideológica consiste na afirmação de que é injusto o uso do fator racial ou étnico para o acesso à educação, ainda que a sala de aula seja mais diversificada e a sociedade seja mais igualitária. Isso porque a ação afirmativa viola direitos de pessoas fora dos grupos minoritários, e que, por critérios além de seu alcance, teriam preterido o seu direito à educação (SANDEL, 2011, p. 213-215).

Semprini, da mesma forma, reconhece os efeitos negativos da ação afirmativa (1999, p. 48). A tentativa de reparar uma injustiça histórica não justificaria a utilização de um critério de desigualdade, que pode preterir outras pessoas, ainda que aprovados em testes de admissão, por exemplo. Isso, além do fato de que muitos daqueles que logram acesso à educação com base em ações afirmativas não sempre alcançam a necessária e adequada adaptação no ambiental educacional, resultando por desistir do aprendizado. Nesse sentido, aliás, pode ser observado que a política de quotas não aumentou de forma significativa o número de graduados dentre as minorias, além de preterir o ingresso de grande número de outros candidatos (SEMPRINI, 1999, p. 48-49).

As consequências humanas e sociais desta política de quotas também são alvo de críticas, na medida em que para muitos estudantes o ingresso por tais condições facilitadoras cria falta de confiança e perda de autoestima. E ainda, o próprio mercado de trabalho desvaloriza os diplomas destes graduados, além do fato de que muitos sequer conseguem aproveitar desta política igualitária para o alcance de sua própria promoção social. Com efeito, o que se verifica da adoção da política de quotas é que uma simples reestruturação administrativa nesta seara não tem o condão de promover uma melhora na autoestima das minorias, nem substitui o estímulo do país, o apoio ideal dos grupos e o fortalecimento dos outros grupos (SEMPRINI, 1999, p. 50-51). Nesse sentido, então, a ação afirmativa seria um reforço aos "estigmas e preconceitos", além de incrementar os níveis de discriminação (AZAMBUJA, 2016, p. 181).

De qualquer forma, esse tópico com viés exemplificativo do complexo tema que se propõe, é bastante ilustrativo acerca da existência de choques de interesses

que surgem a partir de questões adjacentes às diversidades dentro de uma sociedade. Com isso, segue a análise diálogo intercultural como forma de mediação dos conflitos inerente às sociedades multiculturais.

2.3. O diálogo intercultural como forma de reconhecimento de direitos

A história faz parte de cada cultura, assim como o reconhecimento dos direitos alcançados em cada uma. E o choque de culturas é hoje inevitável, razão pela qual o encontro cultural deve ser pensado como talvez mais um passo da evolução dos direitos humanos, e possível necessidade de reconfiguração das sociedades atuais.

A importância da problemática subjaz da realidade inegável do multiculturalismo, e da necessidade de vencer-se mais uma etapa na busca pela efetivação dos direitos humanos por meio do envolvimento da sociedade. Ao lado da cultura individualista, o "eu" deve ser modificado e formatado em um diálogo contínuo com a diferença de cultura e identidade de outros inseridos em mundos exteriores diversos (SILVA; DOUGLAS CESAR, 2013, p. 76).

Um papel bastante importante é aquele desempenhado pelo desenvolvimento do individualismo à luz do multiculturalismo. Semprini recorre ao conceito de dialogismo, com o qual tenta demonstrar como a identidade de um indivíduo vai se construindo pelo contato com o outro e uma constante troca que permita o meu "eu" buscar definição e estruturação com base na diferença e na comparação (1999, p. 102). Isso porque a capacidade de uma pessoa de se pensar como indivíduo e se auto qualificar é determinada por suas interações e experiências vividas a partir do outro. Não se pode alcançar a consciência de si mesmo fora de uma estrutura dialógica que possa dela emergir. A interação com o outro permite ao indivíduo a construção de seu sistema de valores e normas de condutas (SEMPRINI, 1999, p. 102-103).

E aqui se compreende a razão pela qual a diferença e o diálogo são partes fundamentais das reivindicações multiculturais.

As experiências da diferença e o diálogo com o outro sempre somam, na medida em que representam a própria condição de emergência da identidade. Mas

essa experiência pode ser traumática pelo indivíduo sentir no outro um sentimento de discriminação, desvalorização, desprezo, gerando uma crise de identidade pela criação de dúvidas acerca de seu próprio valor.

A diversidade cultural é intrínseca a todas as sociedades e deve ser compreendida e aceita para viabilizar a efetivação dos direitos humanos e ser um fator facilitador da aproximação entre culturas, povos e entre os seres humanos. E como essa diversidade é originada também da própria globalização, estes conceitos devem ser analisados conjuntamente, devendo ser superado qualquer distanciamento entre eles (SILVA; DOUGLAS CESAR, 2013, p. 76-77).

É necessário, diante da globalização e do mundo permeado de diversidades, que haja uma convivência pacífica entre as diferenças sem que isso possa gerar conflitos interculturais e problemas sociais. A diversidade não deve fundamentar qualquer tentativa de violação de direitos sob pena de ofensa à dignidade humana e à própria ideia de democracia. Um dos desafios centrais do multiculturalismo é exatamente compreender como evitar uma postura individualista e de incomunicabilidade destes problemas advindos da diversidade cultural e como encontrar novas formas de mediação e diálogo para redefinição do espaço social.

Segundo Habermas, na medida em que tradições culturais e processos de socialização tornam-se reflexivos, toma-se consciência da lógica das questões morais e éticas, necessárias ao agir orientado pelo entendimento (1997, p. 131-132). Os processos individuais de formação e os sistemas culturais devem ser comparados, fomentando, criticamente, a criação de novos pontos de vista e valores, orientados pela diferença, e pela própria comunicação (OLIVEIRA JUNIOR; SOUZA, 2015, p. 48-49).

O diálogo e a própria linguagem vão permitir a aproximação, interação e troca entre as mais diversas culturas, fazendo surgir daí o modelo intercultural, que pressupõe uma relação de respeito interação entre as maiorias e minorias. A interculturalidade é alcançada exatamente neste contexto, em que a troca e o respeito serão traduzidos em pontos de vista incomuns e vínculos baseados nas particularidades de cada cultura, respeitando-se, sobretudo, as identidades de cada uma (SILVA; DOUGLAS CESAR, 2013 p.78-79).

O diálogo, aliás, foi a resposta dada por Vollp à provocação binária "feminismo versus multiculturalismo". Ao discutir casos como a obrigatoriedade de crianças muçulmanas usarem símbolos religiosos em escolas, casamentos poligâmicos, clitoridectomia feminina em algumas comunidades de imigrantes africanos na França e nos Estados Unidos da América, Vollp diz que o debate feminismo versus multiculturalismo não deve ser colocado apenas sob base desse discurso binário, mas requer um discurso dialógico construtivo ((2001, p.1181-1182).

Muito embora tragam em seu âmago ideias e pretensões incomuns, a interculturalidade e o multiculturalismo não podem ser confundidos. Em razão da importância de seus pontos de encontro e dissonância, cabe uma breve análise de ambos, delineada no próximo ponto.

2.4. Multiculturalismo e interculturalidade

O multiculturalismo tem como principal função a busca pelo reconhecimento e respeito à diversidade cultural - uma realidade presente em todas as sociedades. A expressão designa, assim, a coexistência de culturas e grupos diversificados que constituem as sociedades modernas e que deve ser entendida como um ideal perseguido numa realidade de globalização e diálogo intercultural.

A tolerância é a palavra chave do multiculturalismo. Esta tem como fim precípuo garantir a convivência em paz das minorias e maiorias dadas as suas diferenças e pontos de conflito.

A interculturalidade, por outro lado, propõe não apenas que seja tolerada a coexistência entre culturas, sem coabitação, mas sugere a existência de aceitação e o acolhimento do outro, acarretando a fusão de objetivos e a busca por um fim comum, de respeito à dignidade humana e de luta pelos direitos humanos em geral.

A interculturalidade busca promover o relacionamento entre grupos diversos a partir da identificação de postulados culturais comuns e a descoberta de que a luta por direitos e em especial à dignidade humana jamais será exitosa com base em canibalização ou mimetismo cultural, mas sim a partir do diálogo intercultural e a aceitação do outro como parte do todo (SILVA; DOUGLAS CESAR, 2013 p. 83). Segundo Lopes, a interculturalidade coloca como indispensável a interação entre os

diversos grupos mediante um projeto político capaz de promover o diálogo a fim de que seja garantida a convivência pacífica e com base na luta de pontos comuns (2012, p. 68-69).

Os ideais da interculturalidade tentam demonstrar a insuficiência da simples coexistência entre grupos para que haja o reconhecimento efetivo de direitos, e a necessidade de que haja o respeito à lei em nome do bem comum e o sentimento de solidariedade entre todos como pressupostos para o alcance da paz e harmonia entre da comunidade (LOPES, 2012, p. 70).

A realização dos direitos humanos pode ser alcançada a partir de um diálogo entre as culturas, permeado sempre pela tolerância, compreensão mútua e o estreitamento de vínculos de valores e ideias comuns a toda humanidade, num ideal baseado em um consenso universal. A tolerância, imprescindível ao convívio entre culturas e a diferença, constitui um primeiro passo para a construção de uma sociedade pacífica e a consolidação de estados democráticos. E como afirma Bobbio, a tolerância não pode ser confundida com indiferença. Não se trata apenas de suportar a diferença, mas há uma atitude de confiar na razão do outro e rever sua razão inspirada pela razoabilidade do outro. A tolerância não somente tem o condão de garantir a paz entre os grupos, mas constitui elemento que diferencia a democracia do despotismo, na medida em que se vale da razão e não da violência para resolver conflitos (1992, p. 208). A tolerância, assim, deve ser praticada não como indiferença, mas como um instrumento ao diálogo a fim de estreitar os laços de solidariedade entre culturas e pessoas de uma mesma sociedade (LOPES, 2012, p. 74-75).

Neste sentido, Bobbio deixa saber que a tolerância possui uma razão de ordem moral: o respeito à pessoa alheia. A tolerância aqui não se esgota na renúncia da própria verdade, ou na indiferença quanto à verdade do outro. Isso porque a tolerância faz o indivíduo crer em sua própria verdade, mas também obedecer a um princípio moral central, que é exatamente esse respeito à pessoa alheia (1992, p. 208-209).

Contudo, apesar de toda virtude da tolerância, aqui deve ser colocada a questão da sua possível insuficiência como instrumento de fomento à virtude da civilidade. É exatamente neste ponto a crítica que se faz ao multiculturalismo, já

apontado como insuficiente ao grande desafio da atualidade – o de reconhecimento da diversidade cultural sem que isso denote o enfraquecimento dos laços de solidariedade entre as culturas e os grupos como forma de efetivação dos direitos humanos. E esta é a tarefa proposta pela interculturalidade: além da necessidade de tolerar a diferença, desafiar a sociedade democrática ao diálogo entre os grupos diferentes, por instrumentos sociais como o direito, a educação e a comunicação a fim de concretizar a inclusão das minorias e o equilíbrio entre as diferenças (LOPES, 2012, p. 78).

A diversidade cultural encontra na tolerância um instrumento poderoso capaz de garantir a convivência pacífica entre maiorias e minorias. Mas a convivência em uma democracia parecer exigir mais do que a proteção desta diferença e tolerância como mecanismo de paz. Faz-se necessária também a implementação de um modelo de ferramentas sociais que garanta às minorias o efetivo exercício de seus direitos. Nesse sentido, por exemplo, merecem registro os métodos de implementação e monitoramento das Nações Unidas autorizando a Subcomissão de Proteção e Promoção de Direito Humanos a estabelecer um *Working Group on Minorities* a fim de buscar soluções para problemas envolvendo minorias éticas, religiosas e linguísticas (BLOCH, 2001, p. 384).

Nesse sentido, deve-se compreender que nenhuma cultura é completa, e com base nas suas próprias incompletudes, deve-se buscar o diálogo intercultural, pois na dialética se encontram os ideais de reciprocidade e de troca, sem imposição de valores de forma unilateral por uma só cultura (SILVA; DOUGLAS CESAR, 2013, p. 94). A busca da defesa dos direitos do homem deve ser feita de forma universal e incomum, ainda que cada cultura tenha sua história e valores diversos, o que, de forma alguma, deve ser esquecido ou desconsiderado.

De fato, cada cultura tem suas linhas próprias, assim como cada ser humano tem sua personalidade, preferências, ideias a serem perseguidos, e é isso que o difere dos demais. Contudo, faz-se necessário que sejam criados conceitos éticos únicos e mínimos que regulem o comportamento comum, com base em valores e em uma consciência universal. E aqui os direitos do homem devem exercer o papel de mediador entre as maiorias e minorias e como valor ético mínimo para que se reconheçam as diferenças e não aprisionem o homem em um só conceito de igual e

ideal, não mais possível nas sociedades democráticas de direito. Os direitos humanos de dignidade, liberdade, identidade, igualdade, devem falar sempre mais alto em nome de uma democracia em que tais valores são universais e devem ser sempre privilegiados em qualquer disputa entre culturas e grupos diversos.

Nesse linha, aliás, encontra-se a proposta de Schachar destinada a superar as críticas internas e externas ao multiculturalismo das duas primeiras ondas[5]. A terceira onda, designada como metodológico-casuística defende que melhores bases empíricas para reivindicações universais e generalizáveis, uma mais metodologia sistêmica para investigar experiências reais da diversidade cultural, estudos comparativos mais abrangentes de como soluções diferentes foram encontradas para resolver dilemas culturais-conflituosos (2001, 256). A tese central dessa terceira onda do multicultulismo é buscar novas formas de reconciliar os objetivos potencialmente competitivos de respeitar diferença, protegendo os direitos, facilitando a igualdade e nutrindo a cidadania compartilhada (SHACHAR, 2001, 297).

Dessa forma, o verdadeiro ideal a ser perseguido é a busca de metas afins baseadas nos mais caros direitos humanos, e que coloque a humanidade em uma caminhada com o objetivo comum baseado, a partir de pontos de vista éticos. Igualmente deve-se perseguir de um senso de respeito e de dever para com o outro para que se siga no acompanhamento da permanente evolução dos direitos humanos e seu pleno reconhecimento.

Conclusão

O reconhecimento da diversidade cultural por meio da afirmação de direitos humanos é uma realidade social comum a todo estado de direito democrático. O multiculturalismo tem na diferença sua questão fundamental. E é na própria escuta da linguagem universal dos direitos humanos que se pode encontrar o instrumento de inclusão das minorias e a estabelecimento da paz.

Vivenciou a humanidade, ao longo de sua história, uma intensa luta pelo reconhecimento de direitos, e a cada marco da história, novos direitos surgem e uma

[5] Sobre as expressões das duas primeiras ondas do multiculturalismo, ver Shachar (2001, p. 254).

nova reordenação da sociedade é exigida para que esses direitos não sejam violados e todas as pessoas, em suas diversidades, sejam incluídas e exerçam com plenitude sua pertença na sua própria comunidade.

O multiculturalismo e os direitos humanos, portanto, estão intrinsecamente ligados, uma vez que a tolerar a diferença e, mais do que isso, aceitá-la através do diálogo intercultural, nada mais é do que respeitar os direitos mais nobres, como a dignidade humana, a igualdade, a liberdade. Proteger os direitos de cidadania a partir da aceitação da pluralidade e da diferença é contribuir para a construção de um mundo verdadeiramente humano.

É nessa relação de troca e respeito com o outro que verdadeiramente se encontra sentido nos direitos humanos positivados.

A sociedade moderna apresenta uma série de complexidades, calcadas na diferença, na identidade, na ética, nos ideais de liberdade e igualdade, o que advém da própria evolução da humanidade. E mais que um desafio político, social ou filosófico, está-se diante de um desafio de civilização que nos é deixado pelo multiculturalismo, e que o direito e a sociedade, à luz dos direitos humanos, devem solucionar.

Bibliografia

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito. Trad. Luís Afonso Heck. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 17, p. 267-279, 1999.

ARENDT, Hannah. *A condição humana.* Trad. Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

AZAMBUJA, Cristiane Menna Barreto. *O princípio da igualdade e a política de cotas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade.* Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelle Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BLOCH, Anne-Christine. Minorities and indigenous peoples. In: EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. *Economics, social and cultural rights*. Dordrecht: Kluwer Law International, p. 373-388, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos.* Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BROEKMAN, Jan M. Multiculturalism, 48, *Persona & Derecho*, 15-26, 2003.
COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Ética privada e igualitarismo político.* Barcelona: Paidós, 1993.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOZZI, Gustavo. Disciplinamento e libertà in Gerhard Oestreich. *In*: OESTREICH, Gerhard. *Storia dei diritti umani e della libertà fondamentali*. Trad. Gustavo Gozzi. Roma: Laterza, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito de Democracia: entre facticidade e validade I.* Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições.* Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro*. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo. Barcelona: Paídos, 1999.

KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Trad. Adela Cortina Orts y Jesus Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 2002.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LOPES, Ana Maria D'ávila. Da coexistência à convivência com o *outro*: entre o multiculturalismo e a interculturalidade. *In: Rev. Inter. Mob. Hum.*, Brasília, Ano XX, nº 38, p. 67-81, jan./jun. 2012.

MIRANDA, Jorge; BOLZAN, Jose Luis Bolzan de; RODRIGUES, Saulo Tarso; MARTÍN, Nuria Belloso. *Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais.* Curitiba: Juruá, 2016.

NOWAK, Manfred. The right to education. In: EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. *Economics, social and cultural rights*. Dordrecht: Kluwer Law International, p. 245-271, 2001.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades; SOUZA, Leonardo da Rocha de. Multiculturalismo e meio ambiente: uma proposta de inclusão do outro a partir da teoria do discurso de Habermas. *In:* SANCHES BRAVO, Álvaro; CERVI, Jacson

Roberto (Eds.). *Multiculturalismo, Tecnologia y Medio Ambiente.* España: Punto Rojo Libros, 2015.

PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1998.

PEREZ LUÑO, Antonio. E. El papel de Kant em la formación de los derechos humanos. In: PECES-BARBA MARTINS, Gregorio; FERNADEZ GARCIA, Eusebio; DE ASSIS ROIG, Rafael (Dir.). *História de los derechos fundamentales*. Tomo II: Siglo XVIII, p. 451-483, 2001.

PINILLA, Julio Seoane. Comunitarismo. Multiculturalismo. Um comentário. DOXA 20, 1997.

ROSAS, João Cardoso. From Human Rights to Multiculturalism and Back. *In*: *Working Papers Online Series*. Estudio/Working Paper 131/2011.

SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa.* Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 4 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SHACHAR, Ayelet. Two critiques of multiculturalism, 23, *Cardoso Law Review*, 253-298, 2001.

SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo.* Trad. Laureano Pelegrin. Bauru: EDUSC, 1999.

SILVA, Roberta da; LUCAS, Douglas Cesar. Direitos Humanos no Contexto Multicultural: Possibilidades de efetivação. *In: (Re) Pensando Direito*. CECEdigraf. Ano 3, nº 6, jul./dez, 2013, p.75-102.

SUNSTEIN, Cass*. One case at a time*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

VOLPP, Leti. Feminism versus multiculturalism, 101, *Columbia Law Review*, 1181-1218, 2001.

5. A CONSOLIDAÇÃO E A IMPORTÂNCIA DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NO BRASIL

 https://doi.org/10.36592/9786554600668-05

Bernardo Strobel Guimarães[1]

Luis Henrique Braga Madalena[2]

Lucas Sipioni Furtado de Medeiros[3]

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO: UMA SINGELA HOMENAGEM E ALGUNS DESAFIOS

Aceitamos com alegria o convite que nos foi formulado pelos organizadores da presente obra. E logo no início da escrita, nos deparamos com um desafio: como escrever algo em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet? Realizar um balanço de suas contribuições para o Direito brasileiro não seria viável pois tomaria todas as linhas do artigo e mesmo assim não seria suficiente. Analisar sua atuação

---

[1] Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Professor Adjunto de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Advogado. E-mail: bernardo@strobelguimaraes.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/0678600050387547. Orcid: https://orcid.org/0000-0003-2826-7607.

[2] Doutor em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito Público pela Universidade Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Coordenador da Especialização em Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica da ABDConst. Advogado. E-mail: luis.madalena@strobelguimaraes.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/0874477652560454. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-2600-0389.

[3] Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Especialista em Direito Constitucional e em Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. E-mail: sipioni.lucas@hotmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/7302753330077177. Orcid: https://orcid.org/0000-0001-6899-0854.

enquanto magistrado levaria ao mesmo empecilho. Optamos, então, por algo mais pessoal.

Todos os três autores do artigo já tiveram a oportunidade de assistir aulas e palestras do professor Ingo e testemunharam a clareza e o rigor analítico com que ele expõe suas ideias. E em toda a sua produção fica evidente a dedicação do Professor à docência e ao Direito. No convívio pessoal, nada obstante os distintos títulos que ostenta e sua vasta produção, que o coloca como o acadêmico brasileiro do Direito mais citado na atualidade[4], o Professor esbanja humildade acadêmica e honestidade intelectual. Por esses e outros motivos, nada mais justo que a presente homenagem, que é singela diante da figura do homenageado.

E, superada essa dificuldade de redigir uma breve homenagem ao Professor, nos deparamos com outra: sobre o quê escrever? A escolha foi difícil porque não queríamos somente escrever uma homenagem, destacando a importância das obras do Professor para alguma área do Direito, mas também não queríamos escrever algo que não possa ser reconduzido, em maior ou menor medida, à vasta obra do Professor. No fim, decidimos por escrever sobre um tema que, a nosso ver, cumpre com essas duas condições: o princípio[5] da proibição de retrocesso social.

Ao mesmo tempo em que o princípio possui teorização própria, não sendo uma inovação brasileira ou uma decorrência direta dos escritos do Professor, sua consolidação no constitucionalismo brasileiro passa pelos escritos de Ingo Sarlet. Nessa medida, os objetivos do presente artigo são: a) explicar o que é o princípio da proibição do retrocesso social, suas diversas teorizações e a sua importância para o constitucionalismo latino-americano; b) analisar como se deu a sua incorporação ao Direito brasileiro e sua consolidação enquanto critério utilizado para aferir a

---

[4] Pesquisa disponível em ABRANTES, Vinícius. Ingo Sarlet e Lenio Streck estão entre os 5 mais citados no ramo do Direito Público. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, nov. 2022. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-nov-14/colunistas-conjur-aparecem-lista-academicos-citados>. Acesso em 30 mai. 2023.

[5] Embora de difícil conceituação, entendemos que a qualificação de algo como um princípio ou uma regra é contextual e casuística. A depender do caso, dos interesses em jogo e dos direitos em colisão, uma norma pode ser lida como uma regra, e aplicada à maneira tudo ou nada, ou como um princípio, e aplicada a partir de uma lógica de peso (adotamos, aqui, quanto à aplicação, a teoria de Dworkin). Rejeitamos, portanto, uma distinção estrutural entre normas; e, aqui, tratamos a proibição de retrocesso como um princípio porque é assim que ela é tratada no Brasil, especialmente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Trata-se, sobretudo, de uma opção didático-metodológica, sem grandes implicações epistêmicas.

legitimidade de restrições de direitos fundamentais, e qual o impacto da obra do professor Ingo Sarlet nessa incorporação e consolidação.

2 A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO, FUNDAMENTOS E CONTEXTOS

O constitucionalismo latino-americano, embora historicamente receptivo à inclusão de direitos sociais nas Constituições,[6] jamais logrou êxito em efetivá-los de forma satisfatória. A profusão de declarações de direitos não levou à consolidação de um efetivo projeto social para as populações da região, historicamente marcada por índices alarmantes de desigualdade e exclusão sociais. Olhando especificamente para o Brasil, podemos concluir com Lenio Streck que as promessas da modernidade, notadamente no que diz respeito à implementação de um Estado Providência ou Estado Social, foram cumpridas somente para as camadas médio-superiores da sociedade.[7]

Não sendo aqui o espaço adequado para uma investigação mais aprofundada sobre as causas desse fenômeno, o que importa observar é que embora dotado de Constituições pródigas em declarações de direitos, muitas delas contemplando inclusive cláusulas de abertura material à recepção de novos direitos, [8] o constitucionalismo latino-americano em geral, e o brasileiro em particular, segue tendo como nota característica a baixa efetividade de um projeto social-constitucional. O progresso enquanto desenvolvimento social e ambientalmente responsável constitui um dos grandes desafios a serem superados pelos países do sul global.

Essa situação levou, dentre outras, à recepção da doutrina europeia da proibição de retrocesso social, e isso em dois sentidos principais: a) primeiro, impedir

---

[6] Como pontua Roberto Gargarella, desde o século XIX os documentos constitucionais da América Latina trazem um grande rol de direitos impresso em sua primeira parte, com posicionamento progressista, ao passo que, na parte relativa à organização do poder, são conservadoras, de modo a concentrá-lo na mão de poucas autoridades. Trata-se de reflexo direito daquilo que ele denominou de constitucionalismo de fusão. Aos interessados em se aprofundar no assunto, recomentamos a seguinte leitura: GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la constitución.* Madrid: Katz, 2014.
[7] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise:* uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 28.
[8] Como as Constituições brasileira (§ 2º do art. 5º), argentina (art. 33) e boliviana (art. 13, II).

que o pouco que se garantiu em termos de direitos fundamentais fosse perdido; b) segundo, garantir a progressiva implementação de tais direitos. A consagração da proibição de retrocesso em matéria de direitos, nesse sentido, foi fruto da necessidade de manutenção/consolidação de níveis de proteção sociais mínimos, "...onde e quando alcançados, nas várias esferas da segurança social e da tutela dos direitos sociais compreendidos em toda a sua amplitude, inclusive como condição para a funcionalidade da própria democracia e sobrevivência do Estado Constitucional".[9]

E essa vigilância constante tem se mostrado ainda mais relevante no atual contexto de crise e globalização econômica, que tem dado origem a políticas de redução do Estado em favor de uma maior atuação dos particulares no cenário político-econômico dos países, com a consequente redução dos níveis de prestação social. E, claro, uma coisa é a minimização do Estado em países que passaram de forma mais ou menos satisfatória pela etapa do Estado Social; outra coisa é a minimização do Estado em países que, como o Brasil, jamais passou por um *welfare state*.[10]

3 OS CONTORNOS JURÍDICOS-CONSTITUCIONAIS DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Do modo como aqui interpretada, enquanto proibição de enfraquecimento dos níveis de concretização de direitos fundamentais,[11] a proibição de retrocesso guarda

[9] SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho,* Porto Alegre, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/13602>. Acesso em 31 mai. 2023, p. 120.

[10] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise:* uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 27-28.

[11] Na linha de Joaquim José Gomes Canotilho, entendemos que o conteúdo material da proibição de retrocesso pode ser formulado da seguinte maneira: o núcleo essencial dos direitos fundamentais *"...já realizado e efectivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial. [...] A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado".* Em CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 337-338.

íntima relação com a exigência de segurança jurídica, embora com ela não se confunda.[12] Sob essa ótica, a proteção do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, bem como a vedação de reformas constitucionais tendentes a abolir cláusulas pétreas, representariam, no Brasil, a recepção da proibição do retrocesso, ainda que de forma implícita.[13] Nesse mesmo sentido, a proibição de retrocesso também pode ser compreendida a partir do que se convencionou chamar de eficácia negativa das normas constitucionais, no sentido de que é inconstitucional qualquer medida estatal que fique aquém dos parâmetros exigidos pelas normas constitucionais, parâmetros esses que devem ser aferidos a partir do núcleo de sentido mínimo que pode ser extraído do texto.[14]

Conjugadas essas duas definições, concebemos a proibição de retrocesso social como uma outra forma de tratar a questão dos limites e restrições aos direitos fundamentais, mais afeita ao âmbito dos direitos sociais. No Brasil, enquanto no âmbito dos direitos fundamentais (não sociais) a problemática da constitucionalidade de restrições geralmente se resolve pela doutrina dos limites dos limites aos direitos fundamentais, que, por sua vez, incorpora a regra da proporcionalidade,[15] no caso dos direitos fundamentais sociais entra em cena a proibição de retrocesso.

De uma forma ou de outra, e deixando de lado questões terminológicas, o que está em jogo é a definição dos limites e possibilidades de atuação do Poder Público quando em jogo a efetividade de direitos fundamentais. Como pontua Ingo Sarlet, a

---

[12] Sobre a relação entre a proibição de retrocesso e os princípios constitucionais, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana e da proteção da confiança, ver SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 449-451.

[13] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 434 e 437. Não podemos ignorar, ainda, que a proibição de retrocesso encontrou previsão no art. 2º, item 1 (*"Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas"*), do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, incorporado ao ordenamento brasileiro por meio do Decreto n. 591/1992.

[14] Sobre a eficácia negativa das normas constitucionais, ver BARCELLOS, Ana Paula de. Eficácia das normas constitucionais. In.: *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*, Tomo Direito Administrativo e Constitucional, abr. 2017. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/135/edicao-1/eficacia-das-normas-constitucionais>. Acesso em 31 mai. 2023.

[15] Sobre a doutrina do limite dos limites, ver MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 211-257.

noção de proibição de retrocesso, quando menos, atua no campo das restrições aos direitos fundamentais enquanto um "...elemento argumentativo adicional, a reforçar a necessidade de tutela dos direitos sociais contra toda e qualquer medida que implique em supressão ou restrição ilegítima dos níveis vigentes de proteção social".[16]

Essas breves definições amplas e indeterminadas dão origem a uma série de perguntas que muitas vezes são deixadas de lado: o que fazer em situações de crises e recessões econômicas, quando a proibição de retrocesso entra em choque com a realidade financeira do país? Esse impedimento de reversibilidade é absoluto ou comporta relativizações em certos casos? A proibição de retrocesso se aplica a todo e qualquer direito garantido no plano infralegal? Ou seja, precisamos de uma definição jurídica mais precisa sobre as medidas e efeitos decorrentes da proibição de retrocesso, até mesmo para evitar que ela se transforme em uma cláusula vazia e inefetiva ou um instrumento de arbitrariedades.

E trata-se essa de tarefa ainda mais difícil nos países de modernidade tardia como o Brasil, onde o Estado Social não passou de um simulacro.[17] Nos locais em que grande parte da população vive na pobreza ou abaixo da linha de pobreza, pensar as possibilidades e limites em torno da proibição de retrocesso, especialmente no que toca a impedir que o mínimo existencial garantido seja destruído, é mandamento constitucional do qual o intérprete jamais pode se desvincular.

Retomando a visão da proibição de retrocesso enquanto direito negativo, temos que um de seus principais efeitos é impedir que o legislador recue nos parâmetros de concretização de determinado direito. Uma vez garantidos na ordem jurídico-constitucional, os direitos, que antes eram positivos, prestacionais, se transformam em direitos negativos, ou direitos de defesa, não podendo o Estado atentar contra eles.[18] Estando o legislador vinculado à concretização do texto

---

[16] SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho,* Porto Alegre, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/13602>. Acesso em 31 mai. 2023, p. 124.
[17] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise:* uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 62.
[18] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 131.

constitucional, não se pode permitir que ele tenha liberdade para desfazer aquilo que já foi feito em termos de efetivação de direitos fundamentais. A liberdade de conformação, embora ampla, não abarca a liberdade de esvaziar direitos.[19]

Essa proteção, contudo, não é absoluta. O próprio Canotilho, ao tratar da proibição de retrocesso, condiciona a redução dos níveis de proteção, quando inevitável, à criação, por parte do Estado, de esquemas alternativos ou compensatórios.[20] Ou seja, a proibição de retrocesso pode ser relativizada quando necessário para a satisfação de outros interesses urgentes e relevantes. A questão é saber quando e como deve ocorrer essa relativização – ou, em termos claros, a autorização de "retrocesso" –, e tal análise inevitavelmente passa pela consideração dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e ao dever de justificação dos atos públicos, afinal,

> ...em se cuidando de controlar a atuação do poder público resultante em restrições de direitos fundamentais sociais, não se poderia aqui deixar de operar com os correlatos critérios para o controle de tais restrições, ainda que com a eventualmente necessária adequação ao regime e peculiaridades dos direitos sociais e do contexto jurídico-constitucional, social, político e econômico.[21]

Nesse contexto, uma primeira barreira a ser considerada diz respeito à proteção ao núcleo mínimo[22] dos direitos fundamentais. É a esse núcleo essencial que o legislador está mais fortemente vinculado e que, portanto, representa exatamente aquilo que é garantido pela proibição de retrocesso. E, em todo e qualquer caso, podemos dizer que existe uma presunção de irreversibilidade. Toda

---

[19] SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho,* Porto Alegre, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009. Disponível em:
<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/13602>. Acesso em 02 jun. 2023, p. 132.

[20] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 337-338.

[21] SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho,* Porto Alegre, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009. Disponível em:
<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/13602>. Acesso em 02 jun. 2023, p. 139.

[22] Sobre o assunto, ver MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 212-217.

medida tendente a enfraquecer a concretização de direitos deve ser presumida inconstitucional, recaindo ao Estado um ônus argumentativo elevado no sentido da legalidade/constitucionalidade da medida restritiva, que deve passar não só pelo teste da proporcionalidade – necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito –, como também respeitar as barreiras do núcleo essencial e da dignidade da pessoa humana.

Outra condicionante está ligada à exigência de uma contraprestação por parte do Estado, que não pode simplesmente recuar nos níveis de proteção dos direitos fundamentais sem apresentar uma alternativa adequada àqueles que serão impactados. Neste ponto é que ganha relevância o argumento da "reserva do possível", isto é, de justificar o recuo na proteção do direito à inexistência de recursos. Embora, de fato, uma justificativa poderosa, afinal, a proibição de retrocesso nada pode fazer diante de uma realidade fática de escassez de recursos, o importante é notar que ela não vale quando em jogo o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ainda mais quando em causa as exigências mínimas para uma vida com dignidade (mínimo existencial).[23] Nesses casos, eventual impedimento de ordem financeira deve ser superado pelo Estado, inclusive mediante a realocação de recursos, fixação de prioridades, ou outras medidas.[24]

É claro que essas considerações passam longe de dar fim às controvérsias em torno da manifestação concreta da proibição de retrocesso, até mesmo porque não há como se dar uma resposta pronta e acabada, mas apenas fornecer uma moldura teórica mínima a ser contrastada com as situações de fato de restrição de direitos fundamentais.

[23] Como já decidiu o STF, a reserva do possível não é aplicável sempre que sua invocação puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (AgRg. no RE n. 581.352/AM).

[24] SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho,* Porto Alegre, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/13602>. Acesso em 02 jun. 2023, p. 143.

4 A APLICAÇÃO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO NO BRASIL: UMA SINGELA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No Supremo Tribunal Federal, há notícia de aplicação da doutrina da proibição de retrocesso pelo menos a partir de 2008 (STA 223 AgR/PE). Ela já foi utilizada como argumento para: declarar a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/2010), no sentido de que a referida legislação não representaria um recuo na proteção da presunção de inocência (ADI n. 4.578/DF, ADC n. 28/DF e ADC n. 30/DF); afastar a invocação da reserva do possível e determinar aos Estados de Amazonas e Paraná a adoção de medidas aptas a adequar a sua estrutura hospitalar às exigências constitucionais (AgRg no RE n. 581.352/AM e AgRg no RE n. 727.864/PR); declarar inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros (RE n. 878.694/MG); julgar a inconstitucionalidade parcial de leis que representavam um retrocesso na proteção do meio-ambiente (ADI n. 4.717/DF); entre outros.

Um dos casos mais emblemáticos diz respeito ao EDcl no AI n. 598.212/PR, de Relatoria do Min. Celso de Mello. Trata-se, na origem, de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Paraná alegando a omissão do governo estadual de dar cumprimento ao art. 134 da Constituição com a criação, implantação e estruturação da Defensoria Pública na comarca de Apucarana/PR. Deixando de lado questões processuais e fáticas que não são relevantes para a compreensão do julgado, o STF abordou a questão a partir do princípio da proibição de retrocesso.

O Min. Celso de Mello, em seu voto, fez uso do princípio para afastar qualquer alegação baseada na “reserva do possível". Segundo ele, a omissão do Poder Público em estruturar a Defensoria Pública na comarca representa omissão grave que atenta contra o direito dos necessitados à plena orientação jurídica e à integral assistência judiciária. Ele também afastou qualquer argumento no sentido da violação à separação dos Poderes:

> É lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a

> implementação de políticas públicas, se e quando se registrar situação configuradora de inescusável omissão estatal, que se qualifica como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

No mérito, a Segunda Turma, na linha do voto do Min. Celso de Mello, julgou procedente a pretensão autoral para determinar a criação e a implantação da Defensoria Pública na comarca de Apucarana/PR.

Outro julgamento que merece destaque é o AgRg no ARE n. 639.337/SP,[25] também de Relatoria do Min. Celso de Mello, no qual o STF determinou à cidade de São Paulo a matrícula de crianças de até cinco anos de idade em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida. A proibição de retrocesso e o argumento de reserva o possível marcaram o voto do Ministro Relator.

Segundo ele, a reserva do possível não pode ser invocada pelo Poder Público com o propósito de fraudar, frustrar ou inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição. Portanto, ela cede diante da garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no texto constitucional brasileiro, postulado decorrente da exigência de proteção da dignidade da pessoa humana. E, sobre a proibição de retrocesso, pontuou o seguinte:

> A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado.

---

[25] Aqui, a doutrina do Professor Ingo foi utilizada pelo Min. Celso de Mello para delimitar o conceito e o alcance do princípio da proibição de retrocesso, conforme p. 32 do acórdão.

Outro julgado é a ADI n. 4.543/DF, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República em face do art. 5º da Lei n. 12.034/2009, que criou a figura do "voto impresso conferido pelo leitor", a ser aplicado a partir das eleições de 2014. O STF, por unanimidade, declarou inconstitucional o referido dispositivo com fundamento, entre outros, no princípio da proibição de retrocesso. Nos termos do voto da Ministra Carmen Lúcia, "...o cidadão tem o direito a não aceitar o retrocesso constitucional de conquistas históricas que lhe acrescentam o cabedal de direitos da cidadania". Assim, entendendo que a instituição da confirmação impressa do voto representaria um retrocesso na garantia do voto secreto, conquista das mais importantes em uma democracia, o Tribunal julgou materialmente inconstitucional o dispositivo.[26]

Por fim, vale tratar do caso mais recente em que adotado como razão de decidir o princípio da proibição de retrocesso. Trata-se da ADPF n. 748/DF,[27] ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) em face da Resolução n. 500/20 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), que revogou três resoluções do órgão que tratam de licenciamento de empreendimentos de irrigação, dos parâmetros de Áreas de Preservação Permanente (APPs) de reservatórios artificiais e do regime de uso do entorno, e dos parâmetros, definições e limites de APPs – Resoluções 84/2001, 302/2002 e 303/2002.

No julgamento, por maioria, entendeu o STF que a revogação de normas operacionais fixadoras de parâmetros básicos necessários ao cumprimento da legislação ambiental, sem sua substituição ou atualização, compromete a observância da Constituição e representa um retrocesso na concretização do dever de proteger e preservar o equilíbrio do meio ambiente:

---

[26] Argumento semelhante foi utilizado na ADI n. 4.467/DF, de Relatoria da Ministra Rosa Weber. Estava em discussão a constitucionalidade do art. 91-A da Lei n. 9.504/97, que exigia, no momento da votação, além da exibição do respectivo título, a apresentação de documento de identificação com fotografia. No julgamento e argumentando, entre outros, que a exigência em questão representava um retrocesso, vez já conquistado pela sociedade o direito à autenticidade do voto, mediante a identificação do eleitor pela biometria, decidiu o STF por conferir interpretação conforme à Constituição ao dispositivo, no sentido de que a ausência do título de eleitor no momento da votação não constitui, por si só, óbice ao exercício do sufrágio. Inclusive, a doutrina do Professor Ingo foi utilizada pela Ministra Rosa Weber para delimitar o conceito e o alcance do princípio da proibição de retrocesso, conforme p. 11-12 do acórdão.

[27] A doutrina do Professor Ingo foi utilizada pelo Min. Dias Toffoli para delimitar o conceito e o alcance do princípio da proibição de retrocesso, conforme p. 07-08 do acórdão.

> A supressão de marcos regulatórios ambientais, procedimento que não se confunde com a sua atualização e ajustes necessários, configura quadro normativo de retrocesso no campo da proteção e defesa do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, caput, da CF) e, consequentemente, dos direitos fundamentais à vida (art. 5º, caput, da CF) e à saúde (art. 6º da CF), a ponto de provocar a impressão da ocorrência de efetivo desmonte da estrutura estatal de prevenção e reparação dos danos à integridade do patrimônio ambiental comum.

No geral, quando se coloca a expressão *proibição de retrocesso* entre aspas[28] no campo de pesquisa jurisprudencial do site do STF, constata-se a existência de 25 (vinte e cinco) decisões (entre acórdãos e decisões monocráticas) que utilizaram a proibição de retrocesso como uma das razões de decidir, o que demonstra que tal instituto já está consolidado como parâmetro a ser adotado para a análise da constitucionalidade de restrições a direitos fundamentais.

E o que vale ser mencionado é que essa consolidação passa pelos escritos de Ingo Wolfgang Sarlet, que já nas primeiras edições de sua consagrada obra *A eficácia os direitos fundamentais* – já citada – dedica capítulo específico para tratar da proibição de retrocesso, isso sem contar os inúmeros artigos científicos e capítulos de livros dedicados ao tema[29] e as aulas e palestras sobre o assunto em eventos nacionais e internacionais. Essa influência pode ser verificada, por exemplo, nos julgamentos de nossa Suprema Corte, cujos Ministros adotam as lições do Professor Ingo na construção de seus votos envolvendo a aplicação da proibição de retrocesso, como já visto.

Novamente recorrendo ao campo de pesquisa jurisprudência do site do STF, verificou-se que dos casos envolvendo discussão em torno da proibição de retrocesso, em ao menos dezessete deles os escritos do Professor Ingo foram utilizados pelos Ministros, seja para delimitar o conceito do princípio, seu âmbito de aplicação ou mesmo o lugar e a vez do argumento da reserva do possível.

---

[28] Quando colocada a expressão entre aspas, a pesquisa se limita a identificar decisões e acórdão que contenham exatamente o termo buscado.

[29] Consultando o *Lattes* do Professor, desde 1998 foram dezessete artigos publicados em revistas científicas e catorze capítulos de livros tratando da proibição de retrocesso e dos seus diversos desdobramentos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em países de modernidade tardia como o Brasil, em que o Estado Social, ou Estado Providência, não passou de um simulacro, cujas benesses se estenderam somente para as classes médio-altas da população; marcado por índices alarmantes de exclusão e desigualdade sociais, pensar o lugar e a vez da proibição do retrocesso é tarefa fundamental. Se é verdade que a escassez de recursos pode pôr em xeque o pouco que se conquistou em termos de educação, segurança, saúde, saneamento básico, alimentação etc., eventual retrocesso não pode ser tido como inevitável, cabendo ao Estado, quando menos, criar planos de compensação aptos a mitigar os impactos da medida sobre a camada mais vulnerável da população.

Esse é, a nosso ver, um dos principais efeitos da proibição do retrocesso: conferir ao Estado ônus argumentativo mais que elevado para justificar recuos na (ou a falta de) proteção e efetivação dos direitos fundamentais, especialmente aqueles que natureza social, ligados à implementação de políticas públicas – aquilo que, no texto, chamamos de presunção de irreversibilidade. O argumento da reserva do possível, nesse sentido, não tem o condão de autorizar, por si só, recuos nos níveis de proteção dos direitos. Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal em diversos momentos, a reserva do possível não é aplicável sempre que sua invocação puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (por todos, AgRg. no RE n. 581.352/AM).

No Brasil, a partir da atuação da Suprema Corte e da doutrina, com destaque para o professor Ingo Wolfgang Sarlet, a proibição de retrocesso já se consolidou como elemento analítico essencial do processo de análise de qualquer medida estatal que implique em supressão ou restrição ilegítima dos níveis vigentes de proteção social. Mas, claro, ainda há muito a se fazer. Como dissemos, maiores considerações sobre os limites e possibilidades da proteção de retrocessos são imperativas, especialmente em países onde o adequado manejo o instituto pode levar a reduções nos níveis de exclusão e desigualdade sociais.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, Vinícius. Ingo Sarlet e Lenio Streck estão entre os 5 mais citados no ramo do Direito Público. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, nov. 2022. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-nov-14/colunistas-conjur-aparecem-lista-academicos-citados>. Acesso em 30 mai. 2023.

BARCELLOS, Ana Paula de. Eficácia das normas constitucionais. In.: *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*, Tomo Direito Administrativo e Constitucional, abr. 2017. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/135/edicao-1/eficacia-das-normas-constitucionais>. Acesso em 31 mai. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la constitución.* Madrid: Katz, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/13602>. Acesso em 31 mai. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise:* uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

6. DIREITO E TECNOLOGIA: PEQUENAS E EXCELENTES *CIDADES INTELIGENTES*[1]

LAW AND TECHNOLOGY: SMALL AND GREAT SMART CITIES

https://doi.org/10.36592/9786554600668-06

Carlos Luiz Strapazzon[2]

RESUMO

As *smart cities* são a etapa mais avançada do relacionamento entre convergência tecnológica, gestão de cidades, qualidade de vida e competitividade econômica. O tema começou a ganhar reputação depois que a cidade de Singapura levou o prêmio de cidade inteligente do ano, em 1999. Daí em diante, o tema começou a ser explorado com seriedade como alternativa viável para cidades de médio e pequeno porte.
Palavras-chave: Serviços públicos. Novas tecnologias. Desenvolvimento econômico.

ABSTRACT

Smart cities are the latest stage in the relationship between technological convergence, city management, quality of life, and economic competitiveness. The theme began to gain reputation after the city of Singapore won the smart city of the year award in 1999. From then on, the theme began to be seriously explored as a viable alternative for medium and small cities.
Keywords: Public services. New technologies. Economic development.

[1] Versão revista. A versão atual não introduz novidades substantivas. Entendo que o texto ainda se mantém atual na grande maioria de seus achados e conclusões. Escolhi este trabalho para integrar esta obra em homenagem ao Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet porque o tema do Direito e Tecnologia assumiram grande importância em suas preocupações mais recentes. Este trabalho foi escrito alguns anos antes de eu iniciar meu estágio de pós-doutorado sob a supervisão do Prof. Ingo, mas iluminou muitos temas de nosso diálogo mais recente no grupo internacional sobre Direito e Tecnologia, que tem encontros anuais na Universidade de Granada, na Espanha, sob a direção do Prof. Dr. Francisco Ballaguer Callejón e do próprio Prof. Dr. Ingo W. Sarlet. Publicado, originalmente, em: STRAPAZZON, Carlos Luiz. Convergência tecnológica nas políticas urbanas: pequenas e médias "cidades inteligentes". Revista Jurídica-Unicuritiba, v. 22, n. 6, p. 89-108, 2009. e-ISSN: 2316-753X

[2] Estágio de Pós-Doutorado em Direito (PUCRS), Doutor em Direito (UFSC). Professor da UNOESC (Doutorado e Mestrado em Direito), Professor da Universidade Positivo (Mestrado em Direito, Escola de Direito). Strapazzon.carlos.luiz@gmail.com

Introdução

As *smart cities* são, antes, a etapa mais avançada do relacionamento entre convergência tecnológica, gestão de cidades, qualidade de vida e competitividade econômica. O tema começou a ganhar reputação depois que a cidade de Singapura levou o prêmio de cidade inteligente do ano, em 1999. Mas daí em diante, o tema começou a ser explorado com seriedade como alternativa viável para cidades de médio e pequeno porte.

Um caso brasileiro famoso é o da cidade de Piraí, no Rio de Janeiro, com 23 mil habitantes, distribuídos por 520 quilômetros quadrados, totalmente cobertos por uma rede que usa, inclusive na zona rural, uma rede sem fio e a cabo que transmite dados, voz e imagem em alta velocidade. Em Piraí, a 74 quilômetros da cidade do Rio de Janeiro, já há 500 estações de trabalho com acesso à internet em escolas, quiosques e residências. Os moradores têm acesso livre a 66 terminais instalados em locais como praças, rodoviária e sindicatos. São nove quiosques e quatro telecentros. O uso do software livre abriu a possibilidade de criação de uma universidade a distância. Piraí já tem até dois telefones públicos de acesso livre e gratuito aos moradores, por meio do sistema de Voz sobre IP (VoIP). Todos os professores, alunos e famílias têm acesso a equipamentos e software na cidade — cujo índice de exclusão digital era de mais de 90%. Em 2009 todos os alunos e professores da rede municipal receberam um notebook. A cidade recebeu, entre outros, o prêmio Top Seven Intelligent Communities de 2005, ficando entre as sete cidades mais inteligentes do mundo. Com a demanda de mercado gerada, foram abertas diversas lojas de informática, empresas de manutenção, cursos de informática e até uma faculdade. Há um ano a cidade firmou um convênio com a Sequoia Foundation, instituição norte-americana que implantou um projeto de alfabetização bilingue nas escolas públicas[3]. Piraí chegou às páginas da revista Newsweek a 7 de junho de 2004, como modelo de cidade digital numa região pobre.

O Fórum Mundial das Cidades Inteligentes avaliou o novo cenário de competitividade global e de inovação e chegou à conclusão de que o século XXI trouxe consigo uma nova economia, centrada na *comunicação por banda larga.* Isso

[3] Ver http://www.piraidigital.com.br

significa, que aos olhos dessa organização, a sustentabilidade das cidades passa pela compreensão dos efeitos da economia de banda larga sobre as comunidades as pequenas e médias comunidades.

Na mesma linha, o Manifesto de Rosabeth Moss Kanter (Kanter, 2009), da Universidade de Harvard, propõe uma nova abordagem para transformar comunidades a partir das potencialidades da tecnologia de informar e conectar pessoas: seu trabalho é um manifesto em defesa das *smart cities*, em especial para países, como os EUA, fortemente afetados pela crise financeira de 2008-2009.

A tese principal da pesquisa de Kanter aponta para a necessidade de que as cidades, sobretudo as pequenas, convertam ***o sistema de proteção social*** em uma ***rede de relacionamentos que promova proteção social*** (*social safety network*). Por essa perspectiva, um dos mais importantes desafios do e-gov é criar comunidades ricas em informação, interconectadas e capazes de gerar, por si mesmas, um aprendizado contínuo sobre como podem ampliar as oportunidades aos cidadãos.

Como se viu no caso de Piraí, as *smart cities* investem em tecnologia da informação em suas estruturas físicas para aprimorar conveniências, facilitar a mobilidade, aumentar a eficiência, conservar energia, melhorar a qualidade do ar e da água, recuperar-se mais rapidamente de desastres, coletar e organizar dados para tomar melhores decisões, destinar recursos com mais efetividade, compartilhar dados para aprimorar a colaboração de entidades e diferentes domínios, enfim, para identificar problemas e resolvê-los rapidamente. Esses esforços são novos e objetivam reduzir custos, melhorar serviços e tornar as cidades mais amigáveis. Já há, nos EUA, Canadá, Inglaterra e no Brasil, programas como *Harlem Children's Zone, Baltimore's CitiStat, Elevate Miami, a Escola Aprendiz,* que são exemplos que vem sendo estudados e replicados.

Mas o que significa, rigorosamente, ser uma *smart city?* Segundo o documento elaborado pelo projeto europeu de *smart cities*[4], a cidade inteligente precisa ter bom desempenho nos seis quesitos que tornam as cidades em adequados espaços vitais e bons lugares para o desenvolvimento econômico:

a) **economia**: inteligência econômica significa gerar capacidade de inovação, competitividade, empreendedorismo, flexibilidade nas relações de trabalho,

[4] Ver,http://www.smart-cities.eu

influenciar positivamente nas taxas de desemprego e aprimorar o sistema de transporte público;

b) **sociedade:** habitantes inteligentes significa uma população local com cultura cosmopolita, o que, entre outros, exige domínio de língua estrangeira, participação dos assuntos públicos, educação formal adequada, afinidade com a educação continuada, boa cultura geral, bom índice de livros lidos por habitante, tolerância étnica, atuação em atividades voluntárias, participação nas eleições;

c) **governo:** governo inteligente significa um sistema de gestão pública participativo, gerador de serviços públicos e sociais, transparente e dotado de perspectivas estratégicas;

d) **mobilidade:** a cidade deve ter um inteligente sistema logístico e de transporte de pessoas, ter meios eficientes de acessibilidade local e internacional, ter um sistema de transporte sustentável – não agressivo ao meio ambiente – e ter amplo acesso à internet;

e) **meio ambiente:** a gestão inteligente dos recursos naturais significa que a cidade deve ter boa gestão dos espaços verdes, ter programas de reciclagem e proteção ambiental, ter programa sustentável de gestão da água, da energia, do lixo e da poluição, e fazer bom uso de seus espaços naturais, de modo a torná-los atrativos;

f) **qualidade de vida:** a cidade inteligente deve ter facilidades culturais, boa educação formal, bom sistema de saúde e segurança individual, as características das moradias devem ser sustentáveis e agradáveis, deve ter opções para atrações turísticas, e ter um bom nível de coesão social, isto é, com programa de percepção do risco social, decorrentes dos altos níveis de pobreza.

Isso significa, desde logo, que as *smart cities* não são apenas locais inovadores e que propiciam oportunidade de trabalho e renda. São locais que propiciam, antes, qualidade de vida com intensivo uso de novas tecnologias (European smart cities, 2007). Foi com base nesses critérios que a União Europeia realizou, em 2007, a primeira avaliação de 256 cidades de porte médio para chegar a 70 *smart cities* europeias. A segunda avaliação ocorrerá em 2010 (Centre of Regional Science, 2009).

Acrescentar inteligência em cada subsistema de uma cidade – transporte, energia, educação, saúde, edificações, infraestrutura física, comida, água, segurança pública – tudo isso é importante, mas não é suficiente para gerar cidades inteligentes. A cidade inteligente deve ser pensada como um sistema orgânico – como uma rede de inter-relacionamentos, um sistema interligado. É preciso, portanto, dar mais atenção aos meios de conexão do que às partes.

Se as pessoas são os mais importantes conectores desses subsistemas a cidadania derivada desse cenário em rede deveria ser pensada como um conector relevante dessa cidade-rede de relacionamentos: como uma espécie de *hub* de rede. Numa sociedade em rede, o desafio é tornar um cidadão numa espécie de *hub* de rede, isto é, num nodo relevante da rede de interconexões sociais. Isso exige que se concebam as comunidades como sistemas complexos de nodos humanos, econômicos, emocionais e culturais. Esse é o elemento de base que produzirá a fusão orgânica de governo, sociedade, transportes, comércio, moradia, alimentos, energia, segurança, educação, meio ambiente e saúde.

Pequenas e médias comunidades ainda usam muito mal as possibilidades da tecnologia. O relatório europeu mostrou que apenas 70 cidades europeias (de porte médio) o fazem bem. De um modo geral, as pequenas e médias cidades aplicam as novas tecnologias quase que exclusivamente na melhoria da infraestrutura física da cidade, seja para reduzir o consumo de energia, de água, para melhorar a locomoção, para recuperar-se de desastres, coletar dados, organizar dados e distribuí-los. No entanto, quase nenhuma interconexão consistente é gerada entre essas áreas. Praticamente não há *um novo sistema de inteligência urbana* produzido por essas aplicações tecnológicas. Mais conexões qualitativas poderiam gerar melhores informações e mais inteligência de informações para a tomada de decisões, seja dos governos, seja da sociedade.

1. Infraestrutura pública de colaboração

É por isso, como defende Rosabeth Kanter, que num ambiente econômico global hipercompetitivo o principal desafio das pequenas e médias comunidades é se tornarem cidades inteligentes; o projeto europeu considera este como o principal

desafio das suas cidades médias, ou segundas cidades europeias. Assim, tanto para Rosabeth Kanter em relação às pequenas comunidades dos EUA, quanto para o projeto europeu, as cidades que não são metrópoles precisam desenvolver um uso intensivo de tecnologia da comunicação para criar uma "*infraestrutura pública de colaboração*", ou seja, para identificar objetivos de alto impacto e gerar soluções integradas e sistêmicas. Uma cidade inteligente não é, desse ponto de vista, apenas um *todo integrado* (Kanter, 2008:3) é um complexo de comunidades de interesses. Um importante desafio das comunidades urbanas é evitar a segregação de grupos de interesses e, por isso, a tecnologia precisa estar a serviço da *unidade* dessas subcomunidades.

Uma nova abordagem e uma nova leitura das pequenas comunidades são urgentes, sobretudo por causa da vulnerabilidade a crises econômicas e da onda do desemprego estrutural. Em cenário de crise econômica ou de catástrofe natural é fácil ver que se eleva dramaticamente a demanda por serviços de emergência do sistema público de assistência social. O desemprego nos EUA, por exemplo, saltou de 4,9% para 8,9% em 12 meses, o que criou um gravíssimo problema para milhares de famílias. É por necessidade de prevenir as pequenas e médias cidades contra esse tipo de incidentes que há uma necessidade especial de converter a rede de assistência social numa rede de relacionamentos para a assistência social. Isso pode ampliar a capacidade de ajuda emergencial e também a geração de oportunidades para todos.

A partir da experiência com as dificuldades enfrentadas nas pequenas comunidades norte-americanas, o estudo de Kanter identifica oito relevantes desafios políticos das futuras *smart cities*:

1. Gestão inteligente dos limites geográficos e jurisdicionais;
2. Gestão inteligente da mobilidade residencial;
3. Gestão inteligente das oportunidades de trabalho;
4. Gestão inteligente dos serviços públicos de governo;
5. Atuação [fragmentada] das ONG´s;
6. Gestão das lideranças cívicas;
7. Gestão dos contratos e acordos com os governos locais; e
8. Gestão do isolamento social.

Várias tentativas já foram feitas para fortalecer a atratividade das pequenas cidades e, assim, evitar mais emigração para os grandes centros urbanos. Elizabeth Kanter acredita que o principal motivo do insucesso dessas tentativas está no fato de que todas elas se preocuparam em criar uma *rede de assistência e proteção social sem*, ao mesmo tempo, gerar *uma rede de oportunidades locais* (Kanter, 2009:1). As pequenas cidades não geraram novas oportunidades de negócios, renda, educação e desenvolvimento aos cidadãos que migraram. A pesquisadora propôs, então, uma análise cuidadosa do desempenho de cada uma dessas áreas para revelar que uma significativa mudança de desempenho pode ser obtida mediante a incorporação de tecnologia da informação a serviço de interconexões mais eficientes nessas oito áreas mencionadas.

2. Aglomerados geográficos e problemas de jurisdição

Talvez, pelas características atuais dos sistemas urbanos, as cidades inteligentes devessem ser chamadas de "metrópoles mais inteligentes". Nos EUA, por exemplo, 84% da população mora em 363 regiões metropolitanas. No Brasil, estima-se que a metade da população mora em 33 regiões metropolitanas.

É preciso notar que a agenda aberta em prol da inovação nas cidades e de suas repercussões para as atuais aglomerações urbanas podem exigir a rediscussão do desenho da federação e de suas unidades autônomas. Isso porque a política de distribuição de competências administrativas ou de integração e cooperação inter-federativa, tão confusamente estabelecida, no caso brasileiro, no art. 23 da Constituição da República, está diretamente atrelado a eles.

Por exemplo, nem nos EUA nem no Brasil existem órgãos ou autoridades responsáveis por *serviços humanitários interurbanos.* Nos EUA há 87.000 governos locais, no Brasil são 5.570 municípios e, na maioria dos casos, eles não estão conectados e não têm políticas de cooperação para fins humanitários.

3. Oportunidades de trabalho

A metropolitanização gerou mudanças nos padrões residenciais e de oportunidades de trabalho. Os hipossuficientes tornaram-se ainda mais vulneráveis ao desemprego, a uma escolarização mais precária e a crises familiares. Nas principais capitais do mundo, as oportunidades de emprego em municípios que são centros de negócios estão declinando, ao passo que estão aumentando as oportunidades de trabalho em regiões próximas dos grandes centros. Isso é evidente pelo aumento do fluxo de veículos nesses trajetos, que dobrou de intensidade. Por outro lado, o aumento de transporte individual pelo afluxo crescente de automóveis é insustentável, mas é preciso criar soluções para reduzir a dificuldade de as pessoas chegarem aos seus locais de trabalho. Isso pode ser feito com o uso das novas tecnologias. A IBM, por exemplo, utiliza um sistema dinâmico de local de trabalho: algo em torno de 40% de seus profissionais trabalham remotamente e virtualmente. Esse parece ser um caminho: as pequenas comunidades podem gerar meios de trabalho remoto ou gerar a opção do trabalho virtual em casa.

4. Mobilidade residencial

As estatísticas apontam que entre 2000 e 2005, aproximadamente 40% dos cidadãos norte-americanos mudaram de residência. No entanto, a metade desse contingente não saiu de seu distrito original. E são os pobres os que mais mudaram de residência. Essa tendência de mobilidade residencial diminuiu um pouco durante a recessão, mas ainda assim permaneceu elevada. A partir da década de 80 a Região Metropolitana de São Paulo apresentou mudanças significativas em seu perfil migratório, com aumento da importância dos movimentos internos (Cunha, 1.994; Taschner, 1.987) que são atualmente tão importantes na estruturação da metrópole quanto o foram, em décadas passadas, os da migração inter-regional. A mobilidade residencial interna é fruto de iniciativas públicas, privadas, individuais ou coletivas que tentam, em última instância, equalizar quantitativa e/ou qualitativamente a demanda e a oferta de unidades habitacionais, quer seja para obter lucros, para satisfazer necessidades individuais ou para atender programas sociais.

Famílias e indivíduos se locomovem bastante, dentre de seu próprio distrito, em busca de oportunidade de trabalho, melhores escolas para crianças, ou para iniciar uma nova atividade. Mas tudo isso tem altos custos. As escolas não conhecem adequadamente as novas crianças, os novos vizinhos não colaboram da mesma forma. Esses visitantes transitórios não investem suas economias particulares. Nem os serviços públicos conseguem se adaptar às mudanças que ocorrem nos bairros. Para lidar com essas circunstâncias, é imprescindível dispor de dados em tempo real e análises de tendências.

5. Desarticulação dos serviços públicos

O contexto atual está muito modificado para haver uma interface adequada com o sistema de serviços públicos. As cidades estão maiores, mais complexas, porém as agências de governo estão isoladas umas das outras e pouco interconectadas. O mesmo ocorre com as unidades da Federação (União, Estados e Municípios). Não atuam de forma sincronizada e convergente. Crises econômicas, conflitos sociais e catástrofes naturais revelam essa desarticulação muito claramente. Vários estudos demonstram que a percepção da sociedade é que a competência do setor público para identificar as reais necessidades dos cidadãos diminuiu muito nas cidades (Kanter, 2008:3). Com recursos cada vez mais escassos, os governos locais pressionam seus fornecedores para que, da mesma forma, customizem suas ofertas.

6. Problemas com os processos governamentais de contratação de fornecedores

Nas últimas cinco décadas houve muita pressão para reduzir o tamanho do Estado, mas isso não resultou numa significativa diminuição do gasto público. Rosabeth Kanter afirma que muitos serviços humanitários foram terceirizados e, boa parte deles, a grandes corporações (Kanter, 2009:7). Além de um baixo nível de transferência de informações para o setor privado, essas agências privadas, por causa de pressões financeiras, especializaram-se em pensar no curto prazo, reduziram serviços e adotaram medidas de preservação de fluxo de caixa reduzindo

as transferências a vendedores e fornecedores. Acrescente-se que o sistema de informações está muito aquém das necessidades de organizações que atuam diretamente com crianças ou famílias e que precisam muito de dados e informações atualizadas. O atual sistema de alocação de recursos para essas organizações, salvo algumas exceções, não é coerente. Os fornecedores que atendem órgãos especializados em serviços humanitários estão trabalhando com uma grande quantidade de agências, originalmente criadas para outras finalidades e o atual sistema de contratação é inadequado para responder rapidamente às necessidades e oportunidades de conexão a uma mais ampliada rede de fornecedores de serviços de saúde, moradia e desenvolvimento econômico.

É dado como certo que as crescentes alocações de recursos previstas em orçamento não produzirão os resultados esperados nessas áreas humanitárias. O atual sistema de contratação e transferência de recursos é ineficiente. O simples corte de gastos preserva os recursos públicos, mas não gera os benefícios sociais necessários. "Está claro que as atuais ferramentas de tomada de decisão são inadequadas" (Kanter, 2008:8). Está claro, também, que o modelo não é capaz de gerar eficiências e produtividade desejadas.

7. Fragmentação das organizações não governamentais

Mesmo as ONG´s, por mais eficientes que sejam, atuam de forma desconectada e fragmentada. Também elas estão atuando com número reduzido de voluntários e, além disso, muitas delas atuam em setores idênticos ou semelhantes, porém todas com recursos escassos e sem compartilhar melhores práticas, sem condições de reduzir o retrabalho e sem uma adequada visão do posicionamento geográfico mais adequado para sua atuação (Kanter, 2008:9). Uma onda de fusões, incorporações e parcerias começou a ocorrer entre as ONG´s, no entanto, isso não vai resolver o problema. "O que realmente precisa ocorrer é uma reengenharia e reestruturação (...) que tenha uma abordagem mais inteligente, isto é, coordenação de dados, colaboração entre executivos e avaliação de desempenho" (Kanter, 2008:10).

O estudo também aponta que um dos problemas desse setor é a falta de uma orientação mais estratégica. A simples solução de problemas não gera ações voltadas para as causas. É por isso que a efetividade das ações não está sendo medida pelas melhorias de resultados à comunidade. Pouco se comparam os programas entre si para aprender com os que funcionam melhor. É rara a atuação combinada entre setores. Todos atuam isoladamente dos demais e por isso não são capazes de produzir soluções integradas para um problema específico de uma dada família.

O terceiro setor só será mais eficiente se puder atuar com mais proximidade dos governos. Alguns especialistas sugerem que as ONG´s deveriam atuar mais decididamente nas questões ambientais e de pobreza. A utilidade e necessidade disso está muito bem evidenciada. São os pobres que serão mais afetados pelas crises econômicas e também por catástrofes e efeitos ambientais adversos. A redução da pobreza precisa convergir com a recuperação ambiental. Já está muito claro que "quando autoridades públicas com objetivos específicos de alto impacto unem forças com empreendedores sociais para apoiar a aplicação de soluções integradas e imaginativas, os resultados têm enorme impacto" (Kanter, 2009: 11).

8. A fragilização das lideranças civis

É certo que o setor público não conseguirá tratar de todas as questões sociais relevantes sem gerar um ambiente colaborativo entre os setores e sem produzir consensos quanto aos resultados desejados (Kanter, 2008:12). Por mais entusiastas que sejam os líderes do setor público ou do terceiro setor, eles têm limitações orçamentárias, jurisdicionais, bem como necessidade de prestar serviços bem específicos. Some-se a isso, a distância normalmente existente entre lideranças empresariais e lideranças políticas. Esse isolamento das lideranças gera isolamento social dos grupos menos protegidos. Está bem demonstrado, não só pela pesquisa científica como também pela experiência vivida por várias cidades afetadas por desastres, que a carência de conexão e de meios de informação articulados geram enormes custos sociais, seja em vidas, seja em recursos financeiros em momentos de crises e catástrofes.

9. Serviços públicos mais inteligentes

Um dos serviços públicos que mais intensamente utiliza novas tecnologias e modelos inteligentes de solucionar problemas é o serviço de inteligência da polícia. Nova York, Los Angeles e Chicago são exemplos desse pioneirismo. Não só iniciaram o mapeamento dos crimes e de regiões mais perigosas, como também passaram a alocar serviço de polícia para as áreas de maior incidência criminal. A mais aprimorada conexão da polícia com a comunidade foi decisiva para reduzir as taxas de crimes violentos. É claro, também, que as cidades inteligentes produzem outros benefícios além dos diretamente ligados à segurança. A própria formação de oficiais se beneficia desses novos dados e de seus diagnósticos.

Imaginemos, porém, se os dirigentes públicos pudessem visualizar também um mapa das regiões mais afetadas pelos principais problemas humanitários (saúde, educação, segurança).

A cidade de Baltimore tem um embrião desse modelo integrado e inteligente de cidade. Inspirados nos dados e relatórios sobre a violência urbana, eles produziram também melhor compreensão das regiões mais afetadas pela ausência de serviços sociais. A mesma tecnologia disponível para os serviços de inteligência policial se disseminou para outras áreas da atuação governamental; expandiram, para isso, o *Call Center* do cidadão. Mapas e gráficos passaram a fazer parte do cotidiano de suas lideranças. Serviços públicos começaram a ser mais ágeis e com menores custos e melhor coordenação. O programa *CitiStat* foi capaz de reduzir 100 milhões de dólares dos custos operacionais de gestão dos serviços sociais.

A autora afirma que pequenas cidades podem criar novos serviços públicos provendo plataformas especiais para informar e interconectar cidadãos, desde que uma inteligente rede de convênios e parcerias seja celebrada entre entidades públicas (entre si) e com a iniciativa privada e ONGs.

Um bom exemplo disso é a “estratégia para o aprendizado comunitário”, adotado em Boston: escolas, bibliotecas e centros comunitários formaram um *cluster* de modo a que adultos possam orientar crianças, todos os dias, em horários em que as crianças não estão na escola. Na Inglaterra, nos condados de Somerset e Taunton Deane, há experiências que vão nessa mesma direção; uma parceria entre o

governo e a IBM criou um portal virtual para gerar informações sobre locais de compras e serviços sociais como saúde, segurança pública e serviços da polícia. Agora desejam integrar ainda mais as informações com mais condados, de modo a abranger mais de 30 comunidades. No Novo México e em Utah, nos EUA, já está desenvolvido um sistema integrado de e-gov, e-commerce, e-busca-de-emprego, e-assistência a pequenos agricultores, assistência médica por serviço de telemedicina, e-voto, educação à distância via teleconferências das universidades locais, central de serviços governamentais e e-vídeos, além de uma central de serviços telefônicos gratuitos que beneficiam 250.000 pessoas. Essas são experiências reais, mas muitas outras são visualizadas e recomendadas nas áreas da saúde pública e cuidados especiais de saúde, educação para todas as idades, treinamentos especiais para o trabalho e distribuição de oportunidades de trabalho.

10. Interconexão de informações

Os investimentos públicos já não podem ser feitos sem levar na devida conta a necessária interconexão e correlação existente entre os vários tipos de atividades humanas. O setor público precisa aprender quais são as conexões que existem entre desempenho escolar e oportunidades de trabalho no entorno das escolas e universidades; também precisa compreender o que significam, do ponto de vista da evolução das necessidades de bairros, o aumento ou diminuição das transferências escolares; também precisa saber mais sobre as necessidades das famílias que buscam ajuda da assistência social. O desempenho médio da prestação de serviços à saúde e à educação pode ser aprimorados radicalmente se os fornecedores desses serviços estiverem bem informados e interconectados.

Imaginemos que diretoria de escolas e universidades, os gerentes de restaurantes e cafeterias e os pais de famílias recebessem informações rápidas, claras e bem compreensíveis a respeito de novas epidemias e das práticas sanitárias necessárias. É evidente que as pessoas em condição de risco especial seriam melhor protegidas e também, que o impacto da propagação da epidemia poderia ser melhor acompanhado e controlado. Imaginemos, por outro lado, que alguns estudantes comecem a atrasar a chegada à escola todos os dias. Se a comunicação entre

famílias e escola for imediata e adequada, será possível resolver esse problema com a adequação dos horários de transporte e, sobretudo, se for necessário mudar de escola por causa de eventual mudança de endereço da família; essa comunicação facilitada com a escola também ajudaria famílias estrangeiras recém-chegadas que ainda não falam bem a língua nacional.

O estudo de Rosabeth Kanter deixa claro que, por todo o mundo, as cidades que prepararam uma *infraestrutura para a colaboração* e reforçaram as alianças humanas fazendo com que as comunidades se preocupem com as pessoas, essas cidades adquiriram um efeito magnético para inovações e novos talentos sociais: elas aprenderam e se tornaram mais inteligentes no processo de adaptação diante das mudanças desta época. Há uma relação direta entre essas cidades e as características de suas lideranças: para fazer as cidades inteligentes, todos os cidadãos e seus líderes também precisam ficar um pouco mais exigentes e inteligentes, o que indica que os cidadãos precisam usar desses serviços e precisam fazer as conexões e a colaboração.

11. O Fórum das Comunidades Inteligentes

O Fórum das Comunidades Inteligentes, desde 1999, premia as melhores soluções promovidas por cidades e comunidades inteligentes. Ao longo desse período, foi possível desenvolver indicadores que auxiliam a medir o desempenho dessas cidades. São cinco os indicadores analisados e premiados pelo Forum: a difusão de banda larga, competências para desenvolver e manter uma força de trabalho qualificada, inclusão digital, inovação e empreendedorismo, marketing e assessoria jurídica. No ano de 2009 o prêmio foi dado a *clusters* de cidades inteligentes. Eles são considerados exemplos de *infraestrutura pública de colaboração* entre governo, negócios e terceiro setor e o tema mais recorrente para todos é a *sustentabilidade econômica* (ICF: 2009, 4).

O estudo feito em 2008 sobre essas *smart cities* revela que elas já adotam um elevado grau de consciência quanto às mudanças ocorridas nos processos produtivos. Se há algum tempo o que distinguia uma cidade de outra eram a geografia e a força de trabalho local, na nova economia, ou na economia da banda

larga o que cria novas oportunidades de trabalho e renda são as novas competências da força de trabalho e a habilidade das empresas e governos em adaptar e inovar.

O caso de Fredericton, New Brunswick, Canadá. A cidade formou uma cooperativa chamada de e-novations, com 12 membros (a cidade, universidades, empresas e um grande provedor de internet). Usando recursos próprios, construiu uma uma aliança digital (anel de fibra) que os conectou e os permitiu acessar a banda larga pelo preço de um comprador atacado. Esse anel de fibra tornou-se, depois, o impulso para muitos novos negócios para a cidade. Hoje Fredericton disponibiliza a banda larga em alta freqüência para 65% da população a um custo baixíssimo, a ponto de a e-Novations fornecer banda larga na “Fred-eZone", gratuitamente.

O caso de Estocolmo, Suécia. A cidade de Estocolmo implantou uma empresa chamada Stokab que se incumbiu de distribuir fibra ótica por toda a cidade e estimulou, depois, a competição para que empresas operadoras de internet se instalassem. Essa medida acelerou o processo de acesso à banda larga a 1,2 milhões de kilometros e já conta com 450 empresas clientes. A experiência mostrou, por outro lado, que essa política de “amplo acesso” dá certo em locais de elevada densidade populacional.

O caso de Bristol, Virgínia (EUA). A empresa Bristol Virginia Utilities (BVU) percebeu que sua expertise em relacionamentos tinha um significativo valor econômico. Por isso criaram um serviço de consultoria chamado BVU Focus, com a finalidade de realizar marketing por meio de canais governamentais. Essa solução fez crescer em 5% a base de clientes da BVU e aumentou seu faturamento em 27%.

O caso de Eindhoven, Holanda. Criar uma cultura da inovação é o maior desafio das comunidades inteligentes. Os governos locais podem até investir em e-gov, mas isso raramente gera novos empregos e renda e tem baixo impacto nos negócios. Em Eindhoven, as autoridades locais junto com empresários criaram uma empresa chamada Brainport e deram a ela uma agressiva missão: estimular a inovação a partir das necessidades, experiência e objetivos de seus próprios membros, que são empresas e instituições de Eindhoven. Algumas vezes a polícia aprende com empresas de alta tecnologia sobre como aprimorar as ações de vigilância eletrônica; outras são os trabalhadores locais que fazem treinamentos nas empresas de TI, noutros casos são os editores que utilizam meios eletrônicos para suas publicações,

noutros casos, são as universidades que se aconselham com clubes esportivos. O trabalho da Brainport é entender as necessidades de seus membros, suas ambições, identificar caminhos para o avanço deles e aconselhar essas organizações nos momentos iniciais de mudança para a cultura da inovação.

O caso de Issy-les-Moulineaux, França e de Tallin, Estonia. A cidade francesa contratou uma empresa especializada em novas tecnologias de comunicação para aumentar a participação social nos assuntos públicos. O Conselho da Cidade foi parar num programa ao vivo e suas reuniões passaram a ser acompanhadas, pois, por telefone e e-mail é possível que qualquer cidadão participe das deliberações que ocorrem no Conselho. Além disso, a cidade criou os Ciber Jardins de Infância, pelos quais os pais podem acompanhar seus filhos na escola por webcams. Na cidade de Tallin, a TI criou uma e-school, que é uma plataforma que conecta estudantes, pais, professores e administradores educacionais. Essa rede também permite que os pais matriculem seus filhos em atividades esportivas e recreativas pela internet. Também criaram o e-meeting, que conecta os membros do governo e convida todos os cidadãos a colaborar com as decisões públicas.

O caso de Moncton, New Brunswick, Canadá. A cidade de Moncton procura premiar todas as formas de talentos. É uma cidade que conseguiu difundir a cultura do voluntariado entre executivos experientes, o que gerou expectativas quanto à possibilidade de atuar em novos papeis profissionais e lhes qualificar para outras atividades.

Conclusões

Este estudo procurou mostrar avanços em ações de muitas cidades que há mais de uma década elaboraram estratégias para serem catalisadoras de inovações tecnológicas, articulando órgãos públicos, empresas, terceiro setor e universidades.

Se a constituição de pólos tecnológicos foi um dos primeiros arranjos urbanos próprios da sociedade da informação e se eram implantados nas regiões periféricas às cidades, com formato semelhante a parques industriais (Duarte, 2005:130), o desafio atual não é mais a implantação de pólos tecnológicos, mas tornar a inovação tecnológica e a convergência de tecnologias e mídias em catalisador da

requalificação econômica, social, cultural, política e humana das cidades (Duarte, 2005: 123).

Importante é que a tendência das *smart cities* não é mais pensada como tema de grandes cidades. Bem ao contrário, são as pequenas comunidades que precisam delas. As cidades inteligentes podem qualificar a educação, aprimorar a rede de solidariedade, gerar novas oportunidades de trabalho e renda e reduzir a emigração e a mobilidade, na medida em que se torna opção de vida dos que encontram melhor acolhida nelas.

As primeiras experiencias no Brasil, com o programa de inclusão digital do governo federal testou diferentes tecnologias de conexão à internet banda larga sem fio em diversos outros municípios do país, como Tauá (CE), Garanhuns e Caetés (PE) e Belo Horizonte (MG). No Brasil, as cidades precisam adaptar seus planos diretores para incluir o conceito de "cidade inteligente" ou "cidade digital" na agenda de longo prazo da localidade. Isso poderá assegurar a sustentabilidade do projeto. Além disso, consórcios urbanos precisam aprender a constituir Fundos financeiros especialmente voltados para essas novas políticas, em especial a partir das receitas transferidas dos Fundos de Participação dos Municípios e dos recursos de IPTU. Mais importante que isso, será uma adequada pressão política sobre deputados federais, estaduais e vereadores para assegurar os investimentos iniciais desses projetos. Todos esses parlamentares têm verbas especiais derivadas da agenda das emendas parlamentares ao orçamento da União, Estados e Municípios. A adequada sensibilização dos representantes para a relevância desses temas podem trazer recursos rapidamente às cidades. A integração desses recursos e sua gestão integrada poderia trazer vantagens especiais a uma grande rede de municípios. Essa seria, aliás, uma medida muito coerente com a filosofia da convergência, integração, inovação e cooperação, que são os pilares da nova concepção de cidade inteligente.

Referências

BAKER, Linda. *Urban renewal, the wireless way*. Disponível em: <http://web.mit.edu/cre/research/ncc/press/SalonArticle1104.pdf>.

CUNHA, José M. P. da. *A mobilidade intrarregional no contexto das mudanças no padrão migratório nacional: o caso da Região Metropolitana de São Paulo*; publicado em Anais do 7o. Encontro Nacional da ANPUR, vol. 1, p. 21, 1997
.
DUARTE, Fábio. *Cidades inteligentes: inovação tecnológica no meio urbano*. São Paulo Em Perspectiva, v. 19, n. 1, p. 122-131, jan./mar. 2005.

European smart cities: un nouvel instrument d'évaluation scientifique pour les villes moyennes européennes. Discussion de presse, 10 octobre 2007, Expo Real, Munich. Disponível em: <http://www.smart-cities.eu>, acesso em 10 de setembro de 2009.

KANTER, Rosabeth Moss; Litow, Stanley S. *Informed and interconnected: A Manifesto for Smarter Cities*. Harvard Business School, working paper 09-141, 2009.

Smart cities: Ranking of European medium-sized cities. Final report of a research project. Centre of Regional Science, Vienna University of Technology. October, 2007.
Disponível em: <www.smart-cities.eu>, acesso em 20 de setembro de 2009.

TASCHNER, Suzana P. *Habitação contemporânea e dinâmica populacional no Brasil: notas muito preliminares*; publicado em Anais do 7o. Encontro Nacional da ANPUR, v2, p.321, 1997.

The Top Seven Intelligent Communities of 2009: local growth in a global economic crisis, 2009. Disponível em: <www.intelligentcommunity.org>, acesso em 20 de setembro de 2009.

WILLIAMS, Ellen. *New century cities emerge around the globe*. MIT Center for Real Estate. Disponível em:
<http://web.mit.edu/cre/research/ncc/press/ncctech_talk.pdf>.

7. DEVER DE PROTEÇÃO ESTATAL DO CONSUMIDOR E UM MÍNIMO EXISTENCIAL DIGNO AO SUPERENDIVIDADO: UMA HOMENAGEM A INGO W. SARLET

https://doi.org/10.36592/9786554600668-07

Claudia Lima Marques[1]

Ingo W. Sarlet é um dos principais juristas brasileiros, magistrado e constitucionalista, é um dos líderes da Pós-Graduação em Direito no país, tendo sido eleito para representar a área por seus pares. É uma honra poder participar desta merecida obra em sua homenagem. Tive o prazer de conhecer Ingo Sarlet quando retornava da Alemanha, jovem e engajado na luta pela eficácia dos direitos fundamentais.[2] Hoje consagrado autor,[3] mantém o mesmo engajamento e sabedoria que já demonstrava naqueles anos noventa do século passado.[4] Colaborador constante da Revista de Direito do Consumidor,[5] tive a hora de o acompanhar em muitas pesquisas e eventos, especialmente sobre Direito Constitucional e sua influência no Direito Privado.[6] Companheiro de CDEA-Centro de Estudos Europeus e

---

[1] Professora Titular e Diretora da Faculdade de Direito da UFRGS (2020-2024) e do Centro de Estudos Europeus e Alemães-CDEA, Professora Permanente do PPGD UFRGS e UNINOVE, Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg, Mestre em Direito Civil e Internacional Privado pela Universidade de Tübingen, Especialista pela Universidade do Sarre, Alemanha. Presidente da International Association of Consumer Law-IACL e do Comitê de Proteção Internacional dos Consumidor, ILA (Londres). Ex-Presidente da ASADIP e do Brasilcon. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq 'Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização', Pesquisadora 1 A do CNPq, Representante no CSA Direito do CNPq dirinter@ufrgs.br

[2] Veja, por todos, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

[3] Veja, por todos, CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014.

[4] Veja, por todos, sua contribuição à aprovação da atualização do CDC em matéria de superendividamento dos consumidores, SARLET, Ingo W. Mínimo existencial e relações privadas: algumas aproximações. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de. (Org.). *Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 107-142.

[5] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais sociais, mínimo existencial e Direito Privado, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 61, p. 90 – 125, Jan - Mar / 2007.

[6] Na expressão de Hesse – força normativa da Constituição – indica que os direitos assegurados nas Constituições, em especial os direitos humanos ou fundamentais, não são meros programas ou discursos meramente retóricos, mas sim têm força de norma (norma jurídica, força de direito e garantia executável e exigível), e como norma têm uma força-guia mesmo frente a ramos como o do direito privado, assim HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 05 e ss.

Alemães, projeto de pesquisa e ensino que une a UFRGS e a PUCRS desde 2017, fica aqui meu agradecimento pela amizade e colaboração tão frutífera entre nossas academias e PPGDs.

Para bem honrar esta homenagem quero escolher um tema que leciona como ninguém, a da dignidade da pessoa humana[7] e seu vínculo com afigura do mínimo existencial,[8] agora incluído no Código de Defesa do Consumidor. Ingo Sarlet ensina que o mínimo existencial, enquanto garantia é "independe de expressa previsão constitucional", e prossegue que "o objeto e conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental."[9]

Ingo Sarlet[10] comentou uma decisão do BVerfG (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha) sobre mínimo existencial nas prestações sociais, que deve assegurar não só a sobrevivência, mas um mínimo de inclusão na sociedade,[11]

---

[7] Veja, por todos, a obra: SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2. Ed, Livraria dos Advogados, 2002.

[8] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais sociais, mínimo existencial e Direito Privado, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 61, p. 90 – 125, Jan - Mar / 2007 e MARQUES, C. L.; MIRAGEM, B. *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, vol. 2 , p. 287 – 328, Abr / 2011: "Na doutrina, o primeiro nome ilustre a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, I, da Lei Fundamental da Alemanha, na seqüência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Por esta razão, o direito à vida e integridade corporal (art. 2.º, II, da LF) não pode ser concebido meramente como proibição de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida. Cerca de um ano depois da paradigmática formulação de Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (Bundesverwaltungsgericht), já no primeiro ano de sua existência, reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, direito geral de liberdade e direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência. Ressalte-se que apenas alguns anos depois o legislador acabou regulamentando - em nível infraconstitucional - um direito a prestações no âmbito da assistência social (art. 4.º, I, da Lei Federal sobre Assistência Social [Bundessozialhilfegesetz])."

[9] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.61, p.90-125, jan./mar.2007.

[10] SARLET, Ingo; KRONBAUER, Eduardo Luís. Mínimo existencial, Assistência social e Estado de Direito - Análise de decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, n. 63, p. 02-25, jan. 2021.

[11] BVerfGE, Urteil des Ersten Senats vom 09. Februar 2010 - 1 BvL 1/09 -, Rn. 1-220, Disponível em: BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 9. Februar 2010 - 1 BvL 1/09 - Rn. (1 - 220), http://www.bverfg.de/e/ls20100209_1bvl000109.html (bundesverfassungsgericht.de) Acesso em: 08 set. 2023. A ementa ensina: " 1. Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1

respeitadas as divisões de poderes,[12] e também se manifestou sobre o dever de proteção estatal aos consumidores, [13] previsto no Art. 5, XXXII da Constituição Federal de 1988.[14]

Na Lei 14.181,2021, que atualizou o Código de Defesa do Consumidor, o mínimo existencial é mencionado nos Artigos 6,XI e XV, 54-A,§1°, 104-A caput e 104-C,§1°. [15] Do direito público, chega ao direito privado solidário como um direito fundamental ao mínimo de existência digna, tanto na concessão do crédito, como na repactuação das dívidas. Realmente é esta a expressão 'existência digna" do Art. 170, caput da CF/1988, direito fundamental social retirável do Art. 6° da CF/1988, agora incorporado no CDC. Como vimos, o mínimo existencial tem fonte constitucional e a Lei 14.181,2021 inclui o mínimo existencial parte integrante da definição de superendividamento, o que é uma inovação.[16]

Na decisão da ADIn 2.591, ensinou o Supremo Tribunal Federal:

> "A proteção ao consumidor e a defesa da integridade de seus direitos representam compromissos inderrogáveis que o Estado brasileiro conscientemente assumiu no plano de nosso ordenamento jurídico. (...) a Assembleia Nacional Constituinte, em caráter absolutamente inovador, elevou a defesa do consumidor à posição eminente de direito fundamental (art. 5.º, XXXII),

---

GG sichert jedem Hilfebedürftigen diejenigen materiellen Voraussetzungen zu, die für seine physische Existenz und für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind."

[12] Assim resumem os autores: "a análise parte da perspectiva da necessidade de garantia, pelo Poder Judiciário, da eficácia de preceitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, sem que, para isso, sejam violados os princípios do Estado de Direito e, em especial, o da separação dos poderes..." (Resumo, SARLET, Ingo; KRONBAUER, . Mínimo existencial, Assistência social e Estado de Direito - Análise de decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, n. 63, p. 02-25, jan. 2021, p. 2).

[13] Veja, por todos, DI STASI, Mônica; MOURA RIBEIRO, Paulo Dias de. O superendividamento dos consumidores no Brasil: a importância da aprovação da Lei 14.181/2021 em meio à crise econômica gerada pela pandemia da covid-19, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 136/2021, p. 49 – 65, Jul - Ago / 2021.

[14] Veja, por todos, SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais e relações privadas, em especial na jurisprudência do STF e ao caso da proteção do consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *O direito do consumidor no mundo em transformação- Em comemoração aos 30 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2020, p. 69-87.

[15] MARQUES, Claudia Lima e BENJAMIN, Antônio Herman, Consumer Over-indebtedness in Brazil and the need of a new consumer Bankruptcy legislation, in RAMSAY, Iain et alii (Ed.), *Consumer Over-indebtedness*, Oxford, Hart Publ, 2009, p. 156 e seg.

[16] Veja, por todos, BERTONCELLO, Karen. *Superendividamento do Consumidor: mínimo existencial*. São Paulo: RT, 2015, p. 83 e veja a análise de direito comparado, p. 47ss..

> atribuindo-lhe, ainda, a condição de princípio estruturador e conformador da própria ordem jurídica (CF/1988, art. 170, V)" (trecho do voto do Min. Celso de Mello).[17]

A proteção do mínimo existencial e a proteção das condições mínimas de sobrevivência do consumidor pessoa natural respeita, pois, o princípio da "*dignidade da pessoa humana*" (Art. 1°, III da CF/1988), da proteção especial e ativa do consumidor (Art. 5°, XXXII da CF/1988) e concretiza o objetivo fundamental da República de *"erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais"*(Art. 3º, III da CF/1988), assim como realiza a finalidade da ordem constitucional econômica de "*assegurar a todos existência digna*" (Art. 170 da CF/1988). Vejamos, assim, nesta justa homenagem, em uma primeira parte esta noção de mínimo existencial e seus 3 significados no CDC e em uma segunda, a inconstitucionalidade do Decreto 11.150,2022.

I – A NOÇÃO DE MÍNIMO EXISTENCIAL NO CDC E SEUS SIGNIFICADOS

Nosso homenageado esclarece a noção de mínimo existencial na Constituição afirmando: **"**A atual noção de um direito fundamental ao mínimo existencial, ou seja, de um direito a um conjunto de prestações estatais que assegure a cada um (a cada pessoa) uma vida condigna, parte da ideia de que qualquer pessoa necessitada, que não tenha condições de, por si só ou com o auxílio de sua família, prover o seu sustento, tem direito ao auxílio por parte do Estado e da sociedade, de modo que o mínimo existencial, nessa perspectiva, guarda alguma relação (mas não se confunde integralmente) com a noção de caridade e do combate à pobreza..." [18] alguns chamam este instituto de 'mínimo vital'.[19]

O importante é que o Direito Privado, mais especificamente, o Direito do consumidor, em seu CDC, recebeu o instituto constitucional. Sempre que o Direito

---

[17] Também, BESSA, Leonardo R. Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 7.

[18] SARLET, Ingo; KRONBAUER. Mínimo existencial, Assistência social e Estado de Direito - Análise de decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, n. 63, p. 02-25, jan. 2021, p. 6-7.

[19] BERTONCELLO, Karen. *Superendividamento do Consumidor: mínimo existencial*. São Paulo: RT, 2015, p. 47.

Privado recebe um instituto constitucional, trata-se de ordem pública e interesse social, mas como lecionava Dürig também de uma garantia institucional de sua existência privado (*seinen Charakter als Rechtsinstitutsgarantie*).[20] Não pode ser que o legislador ordinário tenha trazido um instituto constitucional para não ter eficácia nenhuma...[21]

Sobre o tema do mínimo existencial no Direito Privado já lecionou nosso homenageado, reiterando a supremacia e a unidade da Constituição: "Neste sentido, aponta-se com inteira razão para o fato de que a assim designada constitucionalização do direito (e, portanto, também do direito privado) se manifesta por duas vias: a) a presença da Constituição no direito privado, onde se cuida da influência das normas constitucionais, via concretização legislativa e/ou judicial sobre as normas do direito privado e as relações entre particulares, e b) a presença do direito privado na Constituição, onde se cuida de institutos originalmente do direito privado previstos na Constituição - que, por sua vez, irá influenciar o direito privado - situação em que, no fundo, se está a falar de direito constitucional e não propriamente de um direito civil-constitucional."[22]

A) As menções do CDC ao mínimo existencial

A Lei 14.181,2021, que atualizou o CDC menciona 5 vezes o mínimo existencial, a saber:

1. No art. 6, como direito do consumidor, duas vezes:

---

[20] DÜRIG, Günther. Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: MAUNZ, T. (Ed.), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, München, 1956, p. 171.

[21] Assim leciona SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais sociais, mínimo existencial e Direito Privado, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 61, p. 90 – 125, Jan - Mar / 2007 :"Se os direitos sociais a prestações (segundo Alexy, os direitos a prestações em sentido estrito, no sentido de direitos subjetivos a prestações materiais vinculados aos deveres estatais do Estado na condição de Estado Social de Direito) também implicam direitos subjetivos negativos - impedindo, por exemplo, restrições desproporcionais e/ou violadoras de seu núcleo essencial, que, por sua vez, sempre serão desproporcionais..."

[22] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais sociais, mínimo existencial e Direito Privado, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 61, p. 90 – 125, Jan - Mar / 2007 e MARQUES, C. L.; MIRAGEM, B. *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, vol. 2 , p. 287 – 328, Abr / 2011.

"Art. 6º…
XI - a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas;
XII - a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito;"

2. Na definição legal de superendividamento:

"Art. 54-A...
§ 1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação.

3. No processo de repactuação de dívidas e nos planos de pagamento da lei:

"Art. 104-A. A requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, visando à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores, em que o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial, nos termos da regulamentação e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas."

4. No plano conciliatório administrativo:

"Art. 104-C...§ 1º Em caso de conciliação administrativa para prevenir o superendividamento do consumidor pessoa natural, os órgãos públicos poderão promover, nas reclamações individuais, audiência global de conciliação com todos os credores e, em todos os casos, facilitar a elaboração de plano de pagamento, preservando o mínimo existencial, nos termos da regulamentação,

> sob a supervisão desses órgãos, sem prejuízo das demais atividades de reeducação financeira cabíveis."

Em resumo são 3, portanto, as funções do mínimo existencial no CDC que a proposta do Brasilcon (in fine) contempla plenamente: 1) na concessão de crédito, o mínimo existencial atual para evitar o superendividamento e preveni-lo. Talvez a regulamentação aqui não deva avançar, pois neste sentido pode ser difícil (e talvez até mesmo inconstitucional) legislar com parâmetros fechados, a não ser no tema do consignado ; 2) na definição de superendividamento do Art. 54-A, em que um parâmetro fixo vai prejudicar e deixar de fora da proteção grande parte dos superendividados e por isso mesmo é inconstitucional o Decreto 11.150 e suas atualizações em 600 reais que deixaria de fora do sistema de conciliação grande patê dos mais de 30m milhões de superendividados, como o próprio programa desenrola tem comprovado; 3) na repactuação das dívidas, onde só pode haver decisão caso a caso e pela prática estabelecida não é necessário regulamentar, pois é juiz, caso a caso que estabelecerá os parâmetros do mínimo existencial desta pessoa. Assim se em assistência social é possível prever um mínimo existencial geral, em direito do consumidor tal é impossível.

B) Mínimo existencial como novo direito do consumidor

O novo direito do consumidor estabelecido no Art. 6, XI e XIII deixa bem claro que a preservação do mínimo existencial é tanto na repactuação, como na concessão do crédito. Apesar do veto presidencial a um limite do crédito, em especial limite ao crédito consignado a uma porcentagem do salário (vetado Art. 54-E), resta o direito ao mínimo existencial em todos os créditos, que será determinado por regulamentação.

A própria definição de superendividamento frisa como elemento principal, não a insolvência, mas sim o comprometimento ao mínimo existencial, noção constitucional sobre um mínimo de sobrevivência e dignidade do consumidor pessoa natural, que aqui se incorpora ao CDC: "Art. 54-A § 1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural,

de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação."

Como já escrevi na RDC 137[23]: "A preservação do mínimo existencial é novo direito do consumidor e está na própria definição de superendividamento como elemento finalístico e teleológico, diretamente ligado à dignidade da pessoa humana. A doutrina está chamando este paradigma de paradigma da essencialidade.[24] Como já escrevemos, esta é uma das grandes contribuições ao Direito Privado Solidário do novo CDC: "porque no âmbito da legislação infraconstitucional retira o "mínimo existencial" (artigo 6º CF) de conjecturas abstratas, proporcionando viabilidade legislativa e socorrendo a jurisprudência nacional que há tempos manifestava pela proteção do núcleo inquebrantável de direitos fundamentais. Clara oxigenação aos 'limites do sacrifício'.[25]"

No sistema francês, que permite a reeducação do consumidor ao se submeter a uma conciliação conjunta com todos seus credores e comprometer-se a pagar suas dívidas, também há que se preservar o mínimo existencial ou mínimo vital denominado '*restre a vivre*'.[26] Noção oriunda do direito público, [27] como ensina Kazuo Watanabe, "o *mínimo existencial*, além de variável histórica e geograficamente, é um conceito dinâmico e evolutivo, presidido pelo princípio da proibição de retrocesso, ampliando-se a sua abrangência na medida em que melhorem as condições socioeconômicas do país."[28]

---

[23] MARQUES, C. L. Notas sobre a Lei 14.181,2021: a noção de mínimo existencial e sua aplicação imediata, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 137/2021, p. 387 – 405, Set - Out / 2021.

[24] GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Comentários à Lei do Superendividamento (Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021) e o princípio do crédito responsável. Uma primeira análise. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 26, n. 6575, 2 jul. 2021. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/91675. Acesso em: 2 jul. 2021.

[25] MARQUES, Claudia ima; MARTINS, Fernando R., Superendividamento dos consumidores e o fundamento republicano do Senado, ConJur, 19 maio 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-mai-19/garantias-consumo-superendividamento-consumidores-fundamento-republicano-senado-federal Acesso em: 08 set. 2023.

[26] FLORES, Philippe, A prevenção do superendividamento pelo Código de Consumo, *Revista de Direito do Consumidor,* vol. 78, Abr / 2011, p. 67.

[27] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.61, p.90-125, jan./mar.2007.

[28] WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis, *Revista de Processo*, vol. 193, Mar / 2011, p. 13 e seg.

Esta noção, conhecida também na França,[29] tem a ver com a dignidade da pessoa humana, mas o mínimo existencial em matéria de crédito, apesar de ter sua origem na noção do direito público, seria a "*quantia capaz de assegurar a vida digna do indivíduo e seu núcleo familiar destinada à manutenção das despesas de sobrevivência, tais como água, luz, alimentação, saúde, educação, transporte, entre outras*".[30] Hoje, indiretamente, por se permitir a consignação de apenas 30% do salário do funcionário público, imagina-se que o mínimo existencial é 70% do salário ou pensão. Em outras palavras, com os 70% a pessoa pode continuar a escolher quais dos seus devedores paga mês a mês e viver dignamente com sua família, mesmo que ganhe pouco, sem cair no superendividamento. Limitar a consignação a este patamar, parece necessário também no Brasil.[31] Na organização do plano, há de se preservar o mínimo existencial, ou o credor não consegue cumprir o plano e pagar suas dívidas. Preservado este mínimo, pela presença do judiciário e do conciliador indicado pelo juízo, o consumidor estimula-se a pagar e limpar seu nome."

Note-se que nas versões preliminares dos anteprojetos que seriam mais tarde o PLS 283,2012 e PLS 281,2012, a Comissão de Juristas do Senado Federal as regras iniciais estavam todas no Projeto de lei inicial, do superendividamento, Art. 1,5, 6 e 7.[32] A discussão em audiências públicas a Comissão de Juristas do Senado Federal ensaiou uma definição de mínimo existencial, mas não inclui.

Somente no primeiro relatório na Comissão Temporária de Modernização do Código de Defesa do Consumidor (criada em 18 de outubro de 2013, pelo Requerimento 1.179, de 2013), incluiu-se uma definição exemplificativa de mínimo existencial ("*na repactuação de dívidas e na concessão de crédito, a preservação do mínimo existencial, entendido como a quantia mínima destinada à manutenção das despesas mensais razoáveis de sobrevivência, tais como água, luz, alimentação,*

---

[29] CARVALHO, Diógenes Faria de; SILVA, Frederico Oliveira Silva. Superendividamento e mínimo existencial: teoria do restre à vivre. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 118, p. 363-386, jul.-ago. 2018.

[30] CARVALHO, Diógenes Faria de; SILVA, Frederico Oliveira Silva. Superendividamento e mínimo existencial: teoria do restre à vivre. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 118, p. 363-386, jul.-ago. 2018.

[31] Veja CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli , SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva, COSTA DE LIMA, Clarissa. Tradições inventadas na sociedade de consumo: crédito consignado e a flexibilização da proteção ao salário, *Revista de Direito do Consumidor,* vol. 76, Out / 2010, p. 74 e seg.

[32] Veja Versões preliminares dos Projetos, PL sem número sobre comércio eletrônico, p. 295ss, PL sem número sobre crédito e superendividamento, p. 303 e seg. O Art. 6 encontrava-se na pg. 296.

saúde e moradia, entre outras despesas essenciais",[33] a qual não foi aceita no plenário e o substitutivo do Senador Ferraço final já não a menciona (veja quadro da Comissão Especial no parte III deste livro). A inclusão vinha assim explicada na Minuta do relatório da Comissão em dezembro de 2013 e justificada: "*A inclusão da preservação do mínimo existencial é importante para fornecer alguns parâmetros aos financiadores na hora da concessão do crédito e também ao juiz ou ao conciliador do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor no momento de aceitar o plano e a conciliação (repactuação).*"[34]

Seria mais um direito básico do consumidor e o texto é mencionado na tese de doutorado de Karen Bertoncello: "Art. 6, XII – na repactuação de dívidas e na concessão de crédito, a preservação do mínimo existencial, compreendido como a quantia mínima destinada à manutenção das despesas mensais razoáveis de sobrevivência assim entendidas as referentes a água, luz, alimentação, saúde, moradia e educação."[35]

Tratavam-se de exemplos, mas foram muito discutidos e se preferiu delegar à regulamentação, assim alcançou-se no plenário uma aprovação unânime, preservando-se a noção em abstrato. Mencione-se que além do PLS 283,2012 também que o projeto processual , o PLS 282,2012, que não foi aprovado no Senado Federal, mencionava também o mínimo existencial, no então denominado Art. 104-A da parte processual coletiva: "Art. 104-A. O processamento e o julgamento da ação coletiva terão prioridade em relação às ações individuais, inclusive no recurso repetitivo. § 1º A critério do tribunal, poderão ser suspensas as demandas individuais de caráter exclusivamente patrimonial, pelo prazo máximo de dois anos. § 2º Durante o período de suspensão, poderá o juiz perante o qual foi ajuizada a demanda individual, conceder medidas de urgência ou assegurar o *mínimo existencial*. § 3º No

---

[33] Veja Parecer de plenário, Setembro de 2015 DIÁRIO DO SENADO FEDERAL Quarta-feira 9 BuscaPaginasDiario (senado.leg.br).

[34] O texto desta primeira minuta foi comentado na RDC: "A seguir, publicamos um extrato do parecer da Comissão Temporária de Modernização do Código de Defesa do Consumidor, presidida pelo Senador Rollemberg e tendo como relator geral, o senador Ferraço" (MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de. Extratos dos Substitutivos dos Projetos de Lei 281, 282 e 283 de 2012 de Autoria do Senador Ricardo Ferraço, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 90/2013, p. 265 – 294, Nov - Dez / 2013.

[35] BERTONCELLO, Karen. *Superendividamento do Consumidor: mínimo existencial*, São Paulo: RT, 2015, p. 83 e nota 145.

processamento e julgamento de ações coletivas, o descumprimento de prazo judicial deverá ser justificado pelo julgador."(grifo nosso)

Em resumo, no Substitutivo final do Senador Rodrigo Ferraço, que dá nascimento ao PL 3515,2015, neste momento, foi inserida a necessidade de regulamentação do mínimo existencial, possivelmente por Decreto ou pelo Banco Central, e retirados quaisquer exemplos do que constitui esta noção geral e constitucional do mínimo existencial, em matéria de concessão de crédito e repactuação de dívidas. O parecer final do substitutivo, parecer 698/2015 do Senador Ferraço explica a necessidade de regulamentação e a importância da noção:

> "ii. PLS 283 de 2012. Incluímos, em todo o PLS, a previsão de regulamentação para definição de mínimo existencial. Isso acarretou em alteração dos art. 6º, incisos XI e XII; art 54-A, § 1º; art. 104-A, caput; e art. 104-C, § 1º. Dos dispositivos mencionados, passou a constar da expressão "mínimo existencial, nos termos da regulamentação". Em debate com diversos atores do direito consumerista, compreendeu-se que o conceito de mínimo existencial definido no PLS varia de indivíduo para indivíduo já que cada indivíduo possui um mínimo existencial particular que depende, entre outras, do número de dependentes, da renda total familiar e do montante dos gastos referentes a água, luz, alimentação, saúde, moradia e educação. Esta grande variabilidade torna o conceito de mínimo existencial impreciso e potencialmente gerador de incerteza jurídica. Tal argumento, por si, justificaria que se fizesse constar que os conceitos de "mínimo existencial" e "superendividamento" e sua aplicabilidade seriam definidos em sede de decreto. Além disso, considerando que os §§ 1º e 2º do art. 54-A determinam que toda e qualquer dívida de consumo e compromisso financeiro poderiam compor o rol de dívidas elegíveis para o tratamento diferenciado, ficou estabelecido um incentivo a um consumo exagerado (de produtos, serviços e de crédito) pois bastaria ao indivíduo consumir um montante suficiente que "comprometa seu mínimo existencial" para que o mesmo se torne um beneficiário de um tratamento diferenciado. A aplicabilidade dos dispositivos acima elencados, na forma que os mesmos se encontram, teria como consequência direta a restrição de acesso ao crédito por parte das classes menos favorecidas que seriam, injustamente, discriminadas. É de conhecimento público que tais segmentos enfrentam dificuldades para compor o seu mínimo existencial, sendo

> o crédito um importante aliado já que, como por exemplo o crédito consignado, consumidores deste extrato vem conseguindo realizar suas transações e pagar por elas por ocasião do recebimento de seus salários. Há, assim, um segmento social numerosamente representativo, que usa conscientemente o crédito (i.e., não se tornam inadimplentes) e o tem como um aliado."[36]

A inclusão do mínimo existencial foi muito positiva e ainda estendida durante a passagem do PL 3515,2105 na Câmara. [...] O mínimo existencial tem sua origem no direito público,[37] trata-se de um direito fundamental ao mínimo de existência digna ('*Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum*').[38] Realmente é esta a expressão 'existência digna" do Art. 170, caput da CF/1988, direito fundamental social retirável do Art. 6° da CF/1988. A doutrina considera que o mínimo existencial seria direito "*pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade erga omnes, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; não se esgota no elenco do art. 5º da Constituição nem em catálogo preexistente, é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social."*[39]

No direito privado, está ligado a ideia de não penhorabilidade do patrimônio mínimo, de um mínimo vital ou de sobrevivência protegido.[40] Em direito do consumidor, o direito ao mínimo existencial está presente nas discussões do corte

---

[36] DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, Setembro de 2015 Quarta-feira 9, p. 102-103. Parecer Nº 698/2015, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre os Projetos de Lei do Senado nºs 281 e 283/2012, p. 97 a 140.

[37] Assim ensina TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 8 "O direito ao mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. A Constituição de 1988 não o proclama em cláusula genérica e aberta, senão que se limita a estabelecer que constituem objetivos da República Federativa do Brasil 'erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais' (art. 3.°, III), além de imunizá-lo em alguns casos contra a incidência de tributos (art. 5.°, XXXIV, LXXII, LXXIII, LXXIV, art. 153, § 4.° etc.). As grandes Constituições do Ocidente também não proclamam o direito, salvo a do Canadá, indiretamente". (Veja também SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.61, p.90-125, jan./mar.2007.

[38] Assim BOUZA DA COSTA, Dominik Manuel. *Das Existenzminimum im Zivilrecht*, Hamburgo: Kovac V., 2018, p. 327 e seg.

[39] CARVALHO, Diógenes Faria de; SILVA, Frederico Oliveira. Superendividamento e mínimo existencial: teoria do restre à vivre, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 118/2018, p. 363 – 386, Jul - Ago / 2018 (DTR\2018\19476).

[40] Veja-se, por todos, FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

de luz, nas interpretações da cláusula geral de boa-fé,[41] equidade do Art. 51, inciso IV do CDC

Como ensina Kazuo Watanabe, 'o *mínimo existencial*, além de variável histórica e geograficamente, é um conceito dinâmico e evolutivo, presidido pelo princípio da proibição de retrocesso, ampliando-se a sua abrangência na medida em que melhorem as condições socioeconômicas do país'[42]."

Realmente neste primeiro texto, publicado na RDC 137, considerava que uma regulamentação com nome 'novo' ('mínimo existencial de consumo'),[43]asseguraria melhor entendimento, mas realmente poderia ser inconstitucional, assim que era melhor não 'inovar na regulamentação da lei' e nem ferir seu espírito à procura de uma segurança jurídica matemática, que não seria encontrada.[44] Infelizmente foi o que aconteceu.

II – DA INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 11.150/2022 E SUA ATUALIZAÇÃO DE 2023

Como afirma o Brasilcon e o ICapH, um valor fixo não protege suficientemente o consumidor, e há que se a evitar a ilegalidade ou excesso ou a insuficiência inconstitucional da regulamentação:

> A finalidade da Lei 14.181,2021 que apoiamos fortemente é a reinclusão social dos consumidores com dignidade preservado seu mínimo existencial. O CDC menciona 6 vezes este 'mínimo existencial', nos artigos 6º, XI e XII , 54-A, 104-A, 104-B e 104-C da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Consideramos difícil regular todas as três finalidades da expressão mínimo existencial (na definição de superendividamento, na repactuação das dívidas e na concessão do crédito)

---

[41] Assim BOUZA DA COSTA, Dominik Manuel. *Das Existenzminimum im Zivilrecht*, Hamburgo: Kovac V., 2018, p. 344 e seg.

[42] WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis, in Revista de Processo, vol. 193, Mar / 2011, p. 13 e seg.

[43] DAHINTEN, Augusto Franke; DAHINTEN, Bernardo Franke.A proteção do consumidor enquanto direito fundamental e direito humano: consolidação da noção de mínimo existencial de consumo, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 106/2016, p. 135 – 165, Jul - Ago / 2016 (DTR\2016\22309).

[44] Veja MARQUES, C. L. Notas sobre a Lei 14.181,2021: a noção de mínimo existencial e sua aplicação imediata, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 137/2021, p. 387 – 405, Set - Out / 2021.

> por decreto presidencial. As duas primeiras, consideramos que ainda seria possível, mas a regulamentação do mínimo existencial na concessão de crédito pode ser inconstitucional e deve ser deixada para o caso a caso e a revisão judicial. Neste sentido apoiamos a sugestão exarada pelo Brasilcon que se concentra em boas práticas já existentes e consolidadas nas duas primeiras finalidades (definição e tratamento do superendividamento) e sugere apenas que se regule apenas o mínimo existencial em caso de crédito consignado (em que já há tradição).

Brasilcon fez sugestão, que recebeu meu apoio. Esta sugestão afirma: "A regulamentação do mínimo existencial exige o necessário cuidado, rigor e perspectiva da mais alta reverência, tendo em vista a origem derivada do assento constitucional; o conteúdo do mínimo existencial, tendo sido recebido pelo Direito Privado na Lei 14.181/21, é garantido por conceito indeterminado de eficácia direta e imediata".

A) Inconstitucionalidade do Decreto 11.150/2022 e a proibição de retrocesso

Pode um decreto infralegal tentar esvaziar, reduzir e tirar efeito útil de uma lei? Pode um decreto esvaziar, reduzir e tirar efeito útil de um Código protetivo de um grupo de vulneráveis constitucionalmente protegidos, como o Código de Defesa do Consumidor? Um Código de 1990, ancorado em preceito fundamental constitucional (na lista de direitos e garantias individuais e coletivas do Art. 5°, XXXII da CF/1988) e mandado fazer pela própria Constituição (Art. 48 ADCT da CF/1988) para estabelecer uma nova ordem constitucional econômica que tem como finalidade expressa "*assegurar a todos existência digna*" (Art. 170 da CF/1988) e atualizado há um ano atrás?

O Decreto 11.150, deve ser anulado por ADPF, pois é flagrante sua inconstitucionalidade por:

> a) ferir o dever de proteção do Estado ao consumidor e o direito fundamental assegurado no Art. 5°, XXXII da CF/1988, em matéria bancária de crédito e financeira já interpretado pela Supremo Tribunal Federal na ADI 2591 (o ADIN dos

Bancos), negando efeito útil ao Código de Defesa do Consumidor e violando a proibição de retrocesso, em virtude de injustificada diminuição do nível de proteção jurídica por Decreto infralegal e sem qualquer proporcionalidade.

b) ferir o Art. 6° e 7°, IV da CF e o direito fundamental implícito do mínimo existencial ao reduzi-lo na prevenção e tratamento e conciliação do superendividamento dos consumidor à extrema pobreza a valor fixo de R$ 303,05 (25% do salário mínimo), liberando para serem comprometidos créditos e pagamento 75% do salários de todos os brasileiros, não importando se ganham um ou mais salários mínimos; [45]

c) ferir o direito de acesso à Justiça de forma a esvaziar a proteção do consumidor superendividada, na forma da Lei 14.181/2021, no que se refere ao seu mínimo existencial no superendividamento (do Art. 54-A parágrafo primeiro do CDC), no 'processo de repactuação de dívidas' do Art. 104-A do CDC, seja procedimento administrativo nos PROCONs do Art. 104-C do CDC ou, no judicial, no 'processo de superendividamento para a revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes' do Art. 104-B do CDC, além de

d) extrapolar o poder regulamentador transferido pela Lei 14.181,2021, criando por decreto regulamentador exclusões que a lei não fez e esvaziando direitos básicos e garantias, asseguradas em Lei por Decreto e tornando sem efeito a própria lei superior e que deveria apenas regular, como:

i) esvaziando totalmente, no Art. 3 do Decreto 1150/2022, o direito à garantia de *crédito responsável*, preservado o mínimo existencial (Art. 6, XI do CDC, introduzido pela Lei 14.181,2021), pois todo o salário pode ser penhorado em crédito, se restar R$ 303,00 ou 25% do salário mínimo mensal para o consumidor; e

ii) esvaziando totalmente, no Art. 3 e 5 do Decreto 1150/2022, o direito de prevenção do mínimo existencial e tornando sem efeito o direito de preservação do mínimo existencial na concessão do crédito (Art. 6, XII, introduzido pela Lei 14.181,2021) e

iii) esvaziando totalmente o direito de prevenção do mínimo existencial tornando sem efeito também na repactuação de dívidas (Ar. 6°, XII do CDC, introduzido pela

---

[45] Como afirmo o pedido de Decreto-Legislativo: "Ao prever o mínimo existencial como um valor fixo desvinculado às características e necessidade do consumidor individualmente considerado e ainda, em valor inferior ao salário mínimo, o chefe do Poder Executivo, claramente, extrapolou os ditames do Código de Defesa do Consumidor (Lei deferal 8.078, art 4, X e art. 6º, XII) e a Constituição Federal art. 7º, IV, cabendo ao Congresso Nacional, mediante aplicação dos freios e contrapesos da nossa democracia, sustar o referido ato."

> Lei 14.181,2021), com exceções que a Lei 14.181,2022 não fez e que validam e permitem todas as renegociações sem o cuidado da preservação do mínimo existencial, mesmo se a lei (Art. 3 e 5 Lei 14.181,2021) já está em vigor imediatamente sem vacacio legis e expressamente se aplica aos 'efeitos atuais dos contratos celebrados anteriormente' e as nulidades absolutas (Art. 1 e 39 e 51 do CDC) não podem ser sanadas por Decreto ou vontade das partes;
> iv) esvaziando totalmente o direito de prevenção do mínimo existencial na repactuação das dívidas no superendividamento da Lei 14.181,2021, pois o Decreto traz hipóteses que a lei não exclui do cálculo do mínimo existencial os gastos para sobrevivência:

Ainda é de se destacar que o referido Decreto exclui créditos fraudados ou em erro, em que não for destinatário final (tirando o efeito útil do Art. 54-G),também exclui com a redução a destinatário final (sem os Artigos 17 e 29 do CDC) em que atuar como *bystander,* como coobrigado, esposa ou fiador, garantias pessoais e fiduciárias, também exclui créditos consignados incluídos expressamente pela Lei no Art. 54-G parágrafo segundo. Note-se que as exclusões impedem até as conciliações (acesso à Justiça em sentido largo), quando no CDC eram excluídos tão somente do plano de pagamento e não do mínimo existencial, assim o CEJ criou enunciado afirmando que o patrimônio mínimo tem que ser sim considerado para fins de cálculo do mínimo existencial, considerando o real comprometimento e não fictício:

> ENUNCIADO 650 – Art. 421: O conceito de pessoa superendividada, previsto no art. 54-A, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, deve abranger, além das dívidas de consumo, as dívidas em geral, de modo a se verificar o real grau de comprometimento do seu patrimônio mínimo para uma existência digna. [46]

Imagine-se, pois, que um consumidor ganhe 3 salários mínimo e comprometa em moradia (condomínio e aluguel de 400 e 800 reais) ou financiamento imobiliário 1.200 reais, fica com 2 salários mínimo na realidade, os quais paga um de alimentos para o filho e tem que alimentar e pagar o resto das suas necessidades reais com um

[46] Enunciado aprovado na IX Jornada de Direito Civil- Comemorativa dos XX anos do Código Civil, 2022, acessível, na p. 32, in enunciados-aprovados-2022-vf.pdf (irib.org.br).

salário mínimo. Se estes são excluídos do cálculo do mínimo existencial, a pessoa estará superendividado e sem nenhuma verba, mas o Decreto proibirá sua inclusão no sistema do CDC de tratamento do superendividado, afirmando que lhe sobra ou não foram comprometidos 1600 reais, 1200 da moradia, 200 de tributos e 200 de crédito consignado... Na verdade ele nada tem e tudo está comprometido. Repita-se que o mínimo existencial tem três funções no CDC atualizado pela Lei 14.181,2021: na conceituação de superendividamento, na prevenção e crédito responsável e só uma no tratamento, que é a do art. 104-A do CDC, que tem algum limite.

Agora por Decreto, e sua atualização em 600 reais, limitaram as 3 funções de forma a esvaziar totalmente o significado e o conceito de superendividamento, só o extremamente pobre, que não é quem quer pagar e usar o sistema do CDC, é que será superendividado. E se, por um milagre, restam-lhe menos de R$ 600,00 (seiscentos reais) apesar das exclusões do Decreto, mesmo assim ele não vai querer usar o sistema do CDC, pois vai ficar com esta verba como mínimo existencial para sempre se pedir o processo de repactuação...dos Art. 104-A e 104-C ou o processo de revisão judicial e repactuação das dívidas não abusivas que sobrarem...será reduzido à extrema pobreza durante 5 anos, desestimulando o uso do sistema de forma desproporcional e destrutiva do sistema (*Untermassverbot*).

Destaque-se que, no Decreto 11.150, o artigo 4º traz exclusões da aferição do mínimo existencial que podem desnaturar, sobremaneira, o espírito e o alcance da Lei do Superendividamento: Parágrafo único. Excluem-se ainda da aferição da preservação e do não comprometimento do mínimo existencial: I - as parcelas das dívidas: a) relativas a financiamento e refinanciamento imobiliário; b) decorrentes de empréstimos e financiamentos com garantias reais; c) decorrentes de contratos de crédito garantidos por meio de fiança ou com aval; d) decorrentes de operações de crédito rural; e) contratadas para o financiamento da atividade empreendedora ou produtiva, inclusive aquelas subsidiadas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES; f) anteriormente renegociadas na forma do disposto no Capítulo V do Título III da Lei nº 8.078, de 1990; g) de tributos e despesas condominiais vinculadas a imóveis e móveis de propriedade do consumidor; h) decorrentes de operação de crédito consignado regido por lei específica; e i) decorrentes de operações de crédito com antecipação, desconto e cessão, inclusive

fiduciária, de saldos financeiros, de créditos e de direitos constituídos ou a constituir, inclusive por meio de endosso ou empenho de títulos ou outros instrumentos representativos; II - os limites de crédito não utilizados associados a conta de pagamento pós-paga; e III - os limites disponíveis não utilizados de cheque especial e de linhas de crédito pré-aprovadas.

B) A necessidade de controle difuso a retirar efeito do Decreto 11.150/22 e suas atualizações (Decreto 11;567/2023)

O Decreto 11.150/2022 foi atualizado e modificada o valor para R$ 600,00 (seiscentos reais), mas as demais regras foram mantidas, assim como sua inconstitucionalidade. Em 20 de junho de 2023, entrou em vigor o Decreto nº 11.567/2023, assinado pelo presidente Lula, para, em relação ao artigo 3º do Decreto nº 11.150/2022, alterar o caput, que passou a prever que “considera-se mínimo existencial a renda mensal do consumidor pessoa natural equivalente a R$ 600,00”; e revogar o parágrafo 2º, que estipulava que o “reajustamento anual do salário mínimo não implicará a atualização do valor” do salário mínimo.

O Decreto 11.150/22, apesar de sua atualização pelo Decreto 11.567/23 é claramente inconstitucional, face à proibição de retrocesso, que inclui a proibição de esvaziamento de uma Lei, que visa regular (até a definição de consumidor fica limitada ao destinatário final e sem as equiparações do CDC). O Decreto 11.150 e sua atualização em R$ 600,00 ‘diminui’ desproporcionalmente um patamar de proteção já alcançado, combatendo a exclusão social (Art. 4 do CDC), de forma a retirar o efeito útil da proteção constitucional; além de ferir outros princípios, como o do respeito ao ato jurídico perfeito e ao acesso à Justiça.

Foi objeto de duas ADPF, pois além de constitucional extrapola o poder regulamentador e o exerce *contra legem* e, já é objeto de tentativa do Parlamento de reversão. Mal escrito e assinado pelo Presidente e Ministro da Economia, o que indicia que o Ministro da Justiça se negou a assinar, o decreto reduziu absurdamente e contra o que afirmam todos os documentos internacionais, do Banco Mundial e da OECD, o superendividamento à pobreza, extrema pobreza, por sinal! O Decreto 11.150/2022 é feito para tentar destruir os avanços da Lei 14.181/2021, com claro

conflito de interesses, em ano eleitoral, e com claro conflito com o CDC e com o dever de proteção do consumidor e o princípio do não retrocesso! Assim, parece-me que o Decreto 11.150, 2022 deve ser anulado, pois é flagrante sua inconstitucionalidade e clara o extrapolar dos limites constitucionais do poder regulamentar, pelas causas antes nominadas.

Ao tentar regulamentar o mínimo existencial, mencionado nos Artigos 6°, XI e XV, 54-A,§1°, 104-A caput e 104-C,§1°, de forma inconstitucional e contra a própria lei, o CDC, seus princípios (como o do combate da exclusão social e o da prevenção do superendividamento), o Decreto 11.150/2022, apesar da atualização de 2023, viola os direitos fundamentais do consumidor (Art. 5°, XXXII da CF/1988).

O malfadado decreto deve ser declarado inconstitucional, material e formalmente, no controle difuso de todos os magistrados, a sua inconstitucionalidade deveria ser logo declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Como afirma a Nota da SENACON-MJ, em nenhum lugar do mundo o mínimo existencial é o mesmo para toda a população. O que pode ser único é o valor da assistência social mínima, tema não tratado pelo CDC, nem pelo Decreto 11.150/2022.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se há, conforme ensina nosso homenageado Prof. Dr. Ingo W. Sarlet, um dever de proteção estatal do consumidor é preciso garantir realmente um mínimo existencial digno ao superendividado, o que o Decreto 11.150 não o faz e ainda procura retroceder em matéria de proteção do consumidor, o que também é inconstitucional.

Certa que o e. Supremo Tribunal Federal considerará inconstitucional o Decreto 11.150,2022 e suas atualizações, e como nunca é demais sugerir uma melhor regulamentação, inspirado em nosso homenageado, repito aqui a sugestão de regulamentação que o Brasilcon já realizou:

MINUTA DE DECRETO REGULAMENTADOR

Art. 1°. Considera-se mínimo existencial, para efeito do disposto nos arts. 6º, XII, 54-A, 104-A e 104-C, §1º da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), como legislação especial das relações de consumo, a parcela da remuneração periódica recebida a qualquer título pelo consumidor, necessária ao custeio das despesas que assegurem sua subsistência digna e acesso a bens essenciais, assim como das pessoas que dele dependam.

§1º Na definição do valor do mínimo existencial do superendividamento, serão consideradas, dentre outras, as despesas relativas à locação do imóvel em que resida o consumidor e aos serviços essenciais de água e energia elétrica, telefone ou Internet, alimentação própria, educação formal, medicamentos, saúde e higiene, assim como as decorrentes de obrigações de caráter alimentar de que seja devedor, e as de natureza tributária.

§2º Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, serão considerados para cálculo do mínimo existencial do superendividamento:

I- as obrigações do consumidor relativas aos financiamentos imobiliários para aquisição do imóvel em que mantenha sua única residência familiar;

II- o número de pessoas que, comprovadamente, dependam da renda do consumidor para subsistência;

III – eventuais diagnoses existentes no núcleo familiar que dependam de tratamento contínuo e ininterrupto, inclusive com utilização de energia elétrica.

§3º De acordo com as circunstâncias do caso, e da situação concreta do consumidor, poderão ser considerados para o cálculo do mínimo existencial do superendividamento as obrigações relativas a contratos de crédito com garantia real, de financiamento imobiliário e de crédito rural, ainda que excluídos do processo de repactuação, nos termos do art. 104-A, § 1º da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

§4º Na prevenção e no tratamento do superendividamento ao aplicar as diretrizes dos parágrafos anteriores serão levadas em consideração as condições específicas do consumidor e seu núcleo familiar dependente, em especial a idade, presença de pessoas com doenças crônicas ou portadores de deficiências ou incapacidades, casos

em que o plano de saúde pode ser incluído no cálculo do mínimo existencial do consumidor.

§ 5º. O mínimo existencial, para efeitos desse decreto, não é compreendido como direito prestacional nas relações de políticas públicas estatais, senão como direito-garantia nas relações entre particulares sob a proteção e vigilância do Estado.

Art. 2°. Considera-se mínimo existencial, para efeito do disposto no art. 6º, XI da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), aquele que preserve a dignidade da pessoa humana, sendo que na concessão do crédito consignado e similares, a soma das parcelas reservadas para pagamento de dívidas não poderá ser superior àquela definida em legislação especial como margem consignável, a qual deverá ser consultada pelo fornecedor previamente à contratação, conforme o disposto no §1° do Art. 54-G, da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

§1º Se na contratação do crédito, o fornecedor considerar a renda do núcleo familiar, isso não o libera de considerar o mínimo existencial individual e, na eventual repactuação das dívidas, deverá de boa-fé integrar os familiares que foram considerados para a concessão do crédito.

§2º Sem prejuízo do disposto no Art. 49 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), como forma de preservar o mínimo existencial na concessão de crédito, os órgãos públicos do SNDC, em especial no caso de cartões de crédito consignados, na hipótese de violação dos deveres previstos nesta Lei, poderão:

> I- requerer ao fornecedor do crédito ou intermediário informações se o consumidor pôde, para evitar o superendividamento, fazer uso do direito de arrependimento presente na auto-regulamentação bancária,
>
> II- celebrar acordos com as instituições bancárias, financeiras e de crédito, conforme as circunstâncias, de reabertura destes prazos de arrependimento dos consumidores prejudicados, em especial se idosos, de forma a permitir o uso do direito de arrependimento dos créditos e cartões por consignação;

Art. 3°. Na aplicação da definição legal de superendividamento do Art. 54-A §1° da Lei 8.078,1990, a exigência de comprometimento do mínimo existencial do consumidor

será interpretada de forma extensiva e individual, de acordo com a faixa de renda do consumidor e o disposto no Art. 1° deste regulamento, para estabelecer apenas o seu estado de superendividamento, sem repercussão na repactuação futura.

§1°. O cálculo do mínimo existencial, que faz parte da definição legal de superendividamento, deve acontecer caso a caso e de acordo com a capacidade de pagamento e o resto reservado para viver daquele consumidor, e não poderá ser utilizado para prestações sociais, bolsa-Brasil, bolsa-família ou BPC ou outras prestações similares, que continuam regidas pela legislação especial.

§2°. Os deveres, direitos e vedações previstos nos Artigos 54-B, 54-B, 54-C, 54-D,54-F e 54-G da Lei 8.078,1990 são de aplicação imediata pelos órgãos públicos e não necessitam o comprometimento do mínimo existencial, visando prevenir o superendividamento dos todos os consumidores através de práticas de crédito responsável.

Art.4°. Ao consumidor, na sistemática dos Artigos 104-A,104-B e 104-C da Lei 8.078,1990, caberá informar a sua renda mensal e seus gastos mensais mencionados no Art. 1°, sendo a capacidade de pagamento do conjunto de suas dívidas calculada caso a caso, descontadas as obrigações tributárias, previdenciárias e de alimentos, conforme o caso.

§1°. Nas conciliações para-judiciais e pré-judiciais (tratamento extrajudicial do superendividamento), previstas nos Art. 104-A e 104-C da Lei 8.078,1990, o cálculo do mínimo existencial do superendividamento, a ser preservado durante o pagamento do plano de repactuação, com duração máxima de 5 anos, deverá levar em conta a situação individual do consumidor e focar nos gastos necessários à sobrevivência e a vida digna (resto reservado para viver), de acordo com a faixa de renda, a vida pregressa do consumidor, o acesso contínuo a bens essenciais e ao limite do sacrifício, de forma a não colocar em perigo a possibilidade de sucesso e a sustentabilidade do plano de pagamento ajustado em conciliação com os credores.

§2°. Em caso falta de êxito na conciliação referida no parágrafo primeiro deste artigo com qualquer credor, os órgãos públicos aconselharão os consumidores, conforme o caso e os prazos de prescrição das dívidas, a requer a abertura do processo por superendividamento para a revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes, previsto no Art. 104-B da Lei 8.078,1990, e, em qualquer caso,

facilitarão cópias do plano de pagamento conciliado com os demais credores, se existirem, e expedirão ofícios ao INSS e demais órgãos pagadores sobre a suspensão dos pagamentos e débitos em conta, que puderem prejudicar e colocar em risco a preservação do mínimo existencial ou do plano de pagamento pactuado.

Art. 5°. O administrador mencionado no art. 104-B § 3º da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) poderá ser financiado pelo Fundo dos Bens Difusos (MJ) ou outros fundos públicos específicos.

§1°. O administrador poderá ser considerado como auxiliar do juízo, para os fins do art. 95, § 3º do CPC, considerando-se a gratuidade de justiça no processo por superendividamento para a revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes.

§2°. O administrador mencionado no caput poderá ter atuação viabilizada através de convênios com Instituições de Ensino Superior ou com os órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, sempre sob supervisão do juiz do processo por superendividamento para a revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes, conforme o art. 104-B da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Art. 6°. As atividades de educação financeira mencionadas no Art. 4°, XI e Art. 54-A da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) poderão ser fomentadas por multas ou determinadas nas decisões em processo administrativo ou em sentença do processo por superendividamento e revisão e integração dos contratos dos Artigos 104-B e 104-C da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) para entidades específicas, de defesa do consumidor, educacionais ou beneméritas, para fundos estaduais, se existentes, para Fundações de Apoio às Pesquisas ou revertidas ao Fundo dos Bens Difusos (MJ).

REFERÊNCIAS

BERTONCELLO, Karen. *Superendividamento do Consumidor: mínimo existencial.* São Paulo: RT, 2015.

BESSA, Leonardo R. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

BOUZA DA COSTA, Dominik Manuel. *Das Existenzminimum im Zivilrecht*, Hamburgo: Kovac V., 2018.
BVerfGE, Urteil des Ersten Senats vom 09. Februar 2010 - 1 BvL 1/09 -, Rn. 1-220, Disponível em: BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 9. Februar 2010 - 1 BvL 1/09 - Rn. (1 - 220), http://www.bverfg.de/e/ls20100209_1bvl000109.html (bundesverfassungsgericht.de) Acesso em: 08 set. 2023.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014.

CARVALHO, Diógenes Faria de; SILVA, Frederico Oliveira Silva. Superendividamento e mínimo existencial: teoria do restre à vivre. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 118, p. 363-386, jul.-ago. 2018.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli , SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva, COSTA DE LIMA, Clarissa. Tradições inventadas na sociedade de consumo: crédito consignado e a flexibilização da proteção ao salário, *Revista de Direito do Consumidor,* vol. 76, Out / 2010.

DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, Setembro de 2015 Quarta-feira 9, p. 102-103. Parecer Nº 698/2015, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre os Projetos de Lei do Senado nºs 281 e 283/2012.

DI STASI, Mônica; MOURA RIBEIRO, Paulo Dias de. O superendividamento dos consumidores no Brasil: a importância da aprovação da Lei 14.181/2021 em meio à crise econômica gerada pela pandemia da covid-19, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 136/2021, p. 49 – 65, Jul-Ago / 2021

DÜRIG, Günther. Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: MAUNZ, T. (Ed.), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, München, 1956.

FLORES, Philippe. A prevenção do superendividamento pelo Código de Consumo, *Revista de Direito do Consumidor,* vol. 78, Abr / 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Comentários à Lei do Superendividamento (Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021) e o princípio do crédito responsável. Uma primeira análise. *Revista Jus Navigandi,* Teresina, ano 26, n. 6575, 2 jul. 2021. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/91675. Acesso em: 2 jul. 2021.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MARQUES, Claudia Lima. Notas sobre a Lei 14.181,2021: a noção de mínimo existencial e sua aplicação imediata, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 137/2021, p. 387 – 405, Set-Out / 2021.

MARQUES, Claudia Lima; MARTINS, Fernando R. Superendividamento dos consumidores e o fundamento republicano do Senado, *ConJur,* 19 maio 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-mai-19/garantias-consumo-superendividamento-consumidores-fundamento-republicano-senado-federal Acesso em: 08 set. 2023.

MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de. Extratos dos Substitutivos dos Projetos de Lei 281, 282 e 283 de 2012 de Autoria do Senador Ricardo Ferraço, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 90/2013, p. 265 – 294, Nov - Dez / 2013.

MARQUES, C. L.; MIRAGEM, B. *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, vol. 2 , p. 287 – 328, Abr / 2011.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman. Consumer Over-indebtedness in Brazil and the need of a new consumer Bankruptcy legislation, in RAMSAY, Iain et alii (Ed.), *Consumer Over-indebtedness*, Oxford, Hart Publ, 2009.

SARLET, Ingo; KRONBAUER, Eduardo Luís. Mínimo existencial, Assistência social e Estado de Direito - Análise de decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, n. 63, p. 02-25, jan. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais e relações privadas, em especial na jurisprudência do STF e ao caso da proteção do consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *O direito do consumidor no mundo em transformação- Em comemoração aos 30 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2020.

SARLET, Ingo W. Mínimo existencial e relações privadas: algumas aproximações, in MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de. (Org.). *Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais sociais, mínimo existencial e Direito Privado, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 61, p. 90 – 125, Jan - Mar / 2007.

SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis, *Revista de Processo*, vol. 193, Mar / 2011.

8. MICROTRABALHO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: DESAFIOS À FRUIÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA EM MEIO À APRENDIZAGEM DE MÁQUINA[1]

MICROWORK AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE: CHALLENGES TO THE REALIZATION OF HUMAN DIGNITY IN THE CONTEXT OF MACHINE LEARNING

 https://doi.org/10.36592/9786554600668-08

Denise Pires Fincato[2]

Julise Lemonje[3]

RESUMO

O artigo trata do tema das plataformas de microtrabalho que ofertam serviços para o desenvolvimento e aperfeiçoamento da inteligência artificial. Busca-se, a partir das condições de trabalho e características descritas pela literatura científica, articular o cenário do microtrabalho à concretização do princípio e valor dignidade humana nesse contexto. Assim, por meio de pesquisa bibliográfica, do método de abordagem hipotético-dedutivo e da interpretação sociológica, tecem-se considerações sobre os impactos do microtrabalho na fruição da dignidade humana. Para isso, o artigo inicia com a apresentação de noções conceituais acerca do trabalho em plataformas digitais para, em seguida, apontar as principais características do microtrabalho e sua relação com o desenvolvimento de inteligência artificial. Após, articula-se o impacto das condições mapeadas na concretização da dignidade humana. Conclui-se que a tendência a ocultar a existência de microtarefas desempenhadas por

---

[1] Artigo originalmente publicado na **Revista de Direito Público** (RDP): Dossiê Inteligência Artificial, Ética e Epistemologia (Qualis A1), v. 28, n. 100, ano 2021, ISSN: 2236-1766.

[2] Doutora em Direito pela Universidad de Burgos (2001) e Pós-Doutora pela Universidad Complutense de Madrid (2017). Professora-Pesquisadora no Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Coordenadora do Grupo de Pesquisas Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho (CNPQ/PUCRS). Advogada e Consultora Trabalhista. E-mail: dpfincato1@gmail.com

[3] Doutoranda em Psicologia Social e Institucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), na área de concentração Fundamentos Constitucionais de Direito Público e Privado. Especializanda em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogada e Psicóloga. Bolsista PRO-Stricto PUCRS. E-mail: juliselemonje@outlook.com

humanos na produção de inteligência artificial, assim como a gestão desta atividade humana a partir de uma lógica de máquina, enseja a instrumentalização dos trabalhadores e restrições à autonomia do microtrabalhador, que se vê dissociado do valor social do seu trabalho e desconhece elementos essenciais da atividade desempenhada.
Palavras-chave: Crowdwork; Dignidade da Pessoa Humana; Inteligência Artificial; Microtrabalho; Plataformização do Trabalho.

ABSTRACT

The article deals with the subject of microwork platforms that offer services for the development and improvement of artificial intelligence. From the working conditions and characteristics described by the scientific literature, the aim is to relate the microwork context to the realization of the principle and value of dignity of the human person in this scenario. Thus, through bibliographical research and the method hypothetical-deductive of approach and sociological of interpretation, considerations are made about the impacts of microwork on the exercise of human dignity. For this, the article begins with the presentation of conceptual notions about digital labor platform and then points out the main characteristics of microwork and its relationship with the development of artificial intelligence. Afterwards, the impact of the characteristics mapped on the realization of human dignity is associated. It is concluded that the tendency to hide the existence of microtasks performed by humans in the production of artificial intelligence, as well as the management of this human activity from a machine logic, causes the instrumentalization of workers and restrictions on the autonomy of the microworkers, who see themselves dissociated from the social value of their work and are unaware of essential elements of the activity performed.
Keywords: Crowdwork; Dignity of the Human Person; Artificial Intelligence; Microwork; Labor Platform.

INTRODUÇÃO

Os impactos do desenvolvimento da inteligência artificial nas relações de trabalho geram incertezas acerca da existência futura de demanda por mão de obra humana, culminando em entraves vinculados à ocupabilidade e previdência social. As repercussões da *machine learning* na seara laboral, todavia, extrapolam a questão da falta de procura por trabalho humano e entrelaçam-se, também, ao surgimento de novas ocupações humanas vinculadas ao aperfeiçoamento de inteligência artificial.

Para além da demanda por empregados com altos e específicos conhecimentos na área da tecnologia, a indústria da inteligência artificial é geradora de procura por trabalhadores que se sujeitem ao desempenho de atividades pouco qualificadas e cuja remuneração é marcada pela incerteza. Nesse sentido, as plataformas de microtrabalho oferecem às empresas que desenvolvem aprendizagem de máquina, mormente a inteligência baseada em estatísticas, a realização de microtarefas por uma multidão de trabalhadores dispersos, visando sanar as necessidades de geração, anotação e verificação de dados.

Observa-se, entretanto, que as atividades vinculadas às plataformas de microtrabalho se dão à margem da regulação juslaboral clássica, tendo suas condições determinadas de maneira unilateral pelas plataformas. Diante desse cenário, emerge a preocupação com a efetiva fruição da dignidade humana em uma conjuntura predominantemente dominada pela máquina, e em que elementos humanos tendem a ser silenciados e invisibilizados.

Tendo em vista a ainda pouco conhecida conjuntura do microtrabalho e os desafios que acompanham este contexto, o presente artigo tem como questão norteadora a identificação dos impactos das particularidades do trabalhado desempenhado junto a plataformas digitais na fruição, pelo trabalhador, da dignidade que lhe é intrínseca. Objetiva-se, portanto, tecer considerações e mapear as adversidades que repercutem na concretização do princípio e valor constitucional máximo, em atenção à demanda por autonomia e pela possibilidade de autodeterminar-se em suas diferenças escolhas e atuações existenciais.

Para tanto, utiliza-se de pesquisa bibliográfica e do método de abordagem hipotético-dedutivo e de interpretação sociológico, buscando compreender as repercussões do fenômeno abordado e os impactos das características do microtrabalho no exercício da dignidade humana. A partir das opções metodológicas descritas, desenvolvem-se noções conceituais acerca do trabalho em plataformas digitais para, em seguida, apresentar as principais características do microtrabalho e sua relação com o desenvolvimento de inteligência artificial. Por fim, à luz das particularidades do microtrabalho identificadas na literatura científica, articula-se o impacto deste cenário na concretização da dignidade da pessoa humana.

1 A PLATAFORMIZAÇÃO DO TRABALHO: CONCEITUAÇÃO E HETEROGENEIDADE DAS ATIVIDADES LABORATIVAS DIGITAIS

A plataformização do trabalho emerge e se consolida enquanto impacto do avanço das novas tecnologias de informação e comunicação. Tendo em vista que tanto o desenvolvimento tecnológico encontra amparo na atividade humana, quanto tal aperfeiçoamento repercute nas relações de produção, trabalho e tecnologia encontram-se imbricados historicamente (GROHMANN, 2020). Nesse sentido, fenômenos como a possibilidade de realizar atividades laborativas em espaços diversos do estabelecimento do empregador por meio de instrumentos telemáticos (FINCATO; CRACCO NETO, 2013) e o célere processamento de informações e interconexões – caracterizador, conforme Castells (1999), da "Sociedade em Rede" – ressoam na sociedade do trabalho e passam a viabilizar a execução de diferentes atividades em espaços alternativos, inclusive, em plataformas digitais.

Os contornos do trabalho mediado por plataformas digitais podem ser identificados, conforme aponta Pochmann (2016), a partir de tendências afloradas na década de 1970, como a transnacionalização das relações trabalho, o desenvolvimento de novas tecnologias de informação e comunicação e o crescente excedente de mão de obra, que acaba por ser absorvido por contextos laborais que se encontram ao largo de regulamentação. Em atenção ao cenário nacional e ao pesquisar o gerenciamento destas atividades, Abílio (2019) também indica que a cooptação de trabalhadores para que atuem perante plataformas digitais relaciona-

se a um contexto já profundamente atravessado pelo desemprego, trabalho informal e necessidade constante de obtenção de renda de forma fragmentada e insegura – movimento referido como “viração”.

Slee (2016), ao pautar a relação entre a Economia do Compartilhamento e o desenvolvimento de empresas-aplicativo, entende que a operação das plataformas sumariza-se, essencialmente, no fornecimento de conexões entre trabalhadores e demanda. A obtenção de lucro a partir da viabilização do contato entre demanda e trabalho, embora invoque características de modos de produção de mão de obra anteriores (ANTUNES, 2020) e possa ser relacionada aos contratos de terceirização (KALIL, 2019), é marcada por importantes atualizações na organização e gestão do trabalho. Dentre estas particularidades, registra-se a execução do controle das atividades por meio gerenciamento algorítmico (MÖHLMANN; ZALMANSON, 2017); assim como a identificação, pela literatura científica, de um contexto do trabalho perpassado por assimetrias informacionais (ROSENBLAT; STARK, 2016) e pelo incremento de desigualdades sociais – fazendo-se uso, de forma predominante, de força de trabalhado racializada e de baixa renda (VAN DOORN, 2017).

No que tange às propostas de recepção destas atividades no ordenamento juslaboral, Oliveira, Carelli e Grillo (2020) mapeiam os principais caminhos defendidos na abordagem do trabalho mediado por plataformas digitais, quais sejam: (i) proposição de negativa da incidência de qualquer regulação juslaboral; (ii) enquadramento como nova categoria, do “trabalho dependente”, que não se encerra na categoria de trabalho autônomo ou subordinado, mas exige rol protetivo próprio e alinhado ao texto constitucional, conforme desenvolve Kalil (2019); (iii) como nova relação de trabalho, em sentido similar à solução encontrada aos trabalhadores portuários avulsos, estendendo-se os direitos trabalhistas aos trabalhadores de plataforma; e (iv) tendo em vista a possibilidade de subordinação telemática prevista no parágrafo único do artigo 6º da CLT[4], o tradicional reconhecimento de relação de emprego.

---

[4] Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 14 set. 2021.

Em que pese o objetivo do presente estudo não se direcione à discussão do enquadramento jurídico dos trabalhadores submetidos ao trabalho plataformizado, destaca-se a frequente referência à necessidade de promoção do trabalho decente neste cenário. Nesta senda, Barzotto e Lanner (2019), em análise sob o prisma da fraternidade, enfatizam a vulnerabilidade do trabalho em plataforma e defendem a necessidade de inclusão deste grupo no guarda-chuva dos direitos fundamentais.

Em decorrência dos desafios impostos na tutela de trabalhadores que desempenham atividades perante plataformas digitais, Adam-Prassl (2019, p. 29) destaca a necessidade de reformulações conceituais para abarcar as tendências deste novo mundo laboral, especialmente no que diz respeito às noções de gestão e controle do trabalho, afirmando que "*it will be crucial to adapt and develop our received legal notions of control to include a much broader range of instructions and control*"[5]. Em outro estudo, o pesquisador aponta que o núcleo comum da operação destas atividades encontra-se na disponibilidade de uma multidão de pessoas interessadas em prestar serviços – viabilizando a manutenção da competitividade entre trabalhadores, os baixos preços pagos pelas tarefas executadas e o auferimento de lucro pela empresa responsável pela gestão da plataforma digital (PRASSL; RISAK, 2016).

O capitalismo de plataforma – concebido por Srnicek (2016) como um fenômeno vinculado à utilização de estruturas digitais responsáveis por proporcionar o contato entre diferentes grupos –, importa ressaltar, extrapola as atividades gerenciadas por empresas como Uber e Rappi. Em consideração às diferentes compreensões acerca do trabalho plataformizado e amparando-se na conceituação recorrente na literatura científica acerca do labor nesse contexto, Grohmann (2020, p. 102-3) condensa ensinamentos e propõe a discriminação das seguintes atividades abarcadas no escopo do trabalho plataformizado:

> a) plataformas que requerem o trabalhador em uma localização específica (como iFood, Rappi, Uber e Deliveroo), as mais conhecidas do cenário do trabalho digital; b) plataformas de microtrabalho ou crowdwork (como Amazon Mechanical Turk,

[5] Em livre versão: "será crucial adaptar e desenvolver nossas noções jurídicas de controle para incluir uma gama muito mais ampla do que se entende por instruções e controle".

> PiniOn, Microworkers), marcadas principalmente pelo trabalho de treinar dados para a chamada "inteligência artificial"; c) plataformas freelance, cloudwork ou macrotrabalho (como GetNinjas, We Do Logos, Freelancer.com, iPrestador, Fiverr, 99designs), que reúnem tarefas desde pintura e passeio com animais até design e programação.

Em sentido similar, De Stefano (2016, p. 2-3), em relatório para a OIT, afirma que o termo "*gig economy*" – que Abílio (2019) registra como termo "guarda-chuva" para aludir ao trabalho mediado por empresas de plataformas digitais, devendo ser recepcionado com cautela e em atenção a questões socioeconômicas próprias do cenário nacional – contempla tanto o "*crowdwork*" quanto o "*work on demand*". O primeiro engloba trabalhos mediados por plataformas digitais, mas realizados online; enquanto o segundo, por sua vez, diz respeito a atividades tradicionais, como entregas e caronas, mediadas por plataformas:

> *Crowdwork is work that is executed through online platforms that put in contact an indefinite number of organisations, businesses and individuals through the internet, potentially allowing connecting clients and workers on a global basis. The nature of the tasks performed on crowdwork platforms may vary considerably. [...]*
> *In "work on-demand via apps", jobs related to traditional working activities such as transport, cleaning and running errands, but also forms of clerical work, are offered and assigned through mobile apps*[6].

Portanto, embora se reconheça a viabilidade do exame em conjunto do trabalho plataformizado, haja vista as suas características comuns – como o manejo de meios tecnológicos para a distribuição de tarefas que serão desempenhadas por uma força de trabalho escalonável (DE STEFANO, 2017) –, importa registrar a

[6] Em livre versão: "Crowdwork é o trabalho executado através de plataformas online que colocam em contato um número indefinido de organizações, empresas e indivíduos através da internet, permitindo potencialmente ligar clientes e trabalhadores numa base global. A natureza das tarefas realizadas em plataformas de crowdwork pode variar consideravelmente [...] No trabalho "on-demand" via aplicativos, demandas relacionadas às atividades de trabalho tradicionais, como transporte, limpeza e realização de tarefas, e também formas de trabalho administrativo, são oferecidas e atribuídas por meio de aplicativos digitais".

existência de particularidades em cada contexto e a importância de pesquisas comprometidas com estas realidades (SUNDARARAJAN, 2016). Em atenção a estas especificidades, a presente pesquisa volta-se à investigação do microtrabalho, contemplado pela categoria "*crowdwork*", quando direcionado à alimentação e desenvolvimento de *machine learning*.

2 MICROTRABALHO E INTELIGÂNCIA ARTIFICIAL: O LABOR HUMANO EM MEIO À APRENDIZAGEM DE MÁQUINA

Com frequência a articulação entre aspectos da sociedade do trabalho e inteligência artificial enfatizam a crescente substituição de mão de obra humana por máquinas com capacidade de aprendizagem e de desenvolvimento de tarefas complexas. No que tange à discussão sobre uma possível extinção do trabalho humano, Harari (2018) identifica tendência a um cenário em que as máquinas serão capazes de reproduzir até mesmo o que costuma se referir como "intuição humana", a partir da compreensão de mecanismos bioquímicos e do reconhecimento de padrões. O autor, além de apontar para um futuro atravessado por constantes mudanças e necessidades de adaptação, defende que as atividades de cuidado e altamente especializadas devem se mostrar como as mais resistentes à substituição pela inteligência artificial.

Todavia, em que pese a inclinação para maior demanda de mão de obra especializada, os processos de desenvolvimento de inteligência artificial também são sustentados por trabalho humano pouco qualificado e à margem de regulação juslaboral. Nesse sentido, destacam-se as atividades desempenhadas por microtrabalhores, que consistem, conforme Rosenfield e Mossi (2020, p. 742-3), em "tarefas subindividuais em unidades muito pequenas, resultando em uma remuneração muito baixa, que são lançadas à 'multidão' por intermédio das plataformas para serem executadas".

De acordo com relatório da OIT, as plataformas de microtrabalho despontam com base em iniciativas desenvolvidas pela Amazon a partir de 2005, quando fundada a Amazon Mechanical Turk (AMT). Embora em sua origem estivesse voltada a atender demandas internas da empresa, a AMT passou a abrir a execução de

atividades ao público externo e a ofertar a realização de HITs – *Human Intelligence Tasks* (BERG et. al., 2018). Na atualidade, a realização de microtarefas extrapolou os limites de Amazon, contando com diversas novas plataformas, como a Microworkers, Clickworker, CrowdFlowe, Prolific e Universal Human Relevance System (UHRS) (ROSENFIELD; MOSSI, 2020; TUBARO CASILLI; COVILLE, 2020).

Entende-se, nesse contexto, o microtrabalho como um complexo de pequenas tarefas fragmentadas, que são desempenhadas de forma remota por um grande número de pessoas – uma multidão (TUBARO; CASILLI, 2019). Esta mão de obra digital "*micropaid*" costuma envolver tarefas pequenas, repetitivas e que, geralmente, não demandam qualquer conhecimento especializado (CASILLI, 2017). Desta forma, Casilli (2021, p. 29) esclarece que a conjuntura do microtrabalho não enseja a configuração de um emprego *per se*, mas que se tratam de trabalhos não convencionais e fora do padrão:

> Eles são, na verdade, trabalhos por peça. Essas pessoas são pagas com apenas alguns centavos ou poucos euros para executar tarefas bem fragmentadas, que, via de regra, são extremamente úteis para treinar e calibrar algoritmos e inteligência artificial.

Este trabalho, portanto, apresenta-se como um resquício – pouco ou nada visualizado – de demanda humana em meio aos processos de desenvolvimento de *machine learning*, subsidiando a revolução da inteligência artificial mediante a submissão de uma multidão de trabalhadores, com poucas condições de selecionar suas atividades profissionais no mercado de trabalho existente, a condições precárias e incertas de labor (GRAY; SURI, 2017). Registra-se que estas atividades se diferenciam do trabalho de *freelancers* desempenhado em nuvem, na medida em que o *freelancer* direciona-se à realização de trabalhos criativos, por profissionais qualificados, que se envolvem em um projeto inteiro ou longo; enquanto o microtrabalho é desempenhado de maneira apartada da totalidade da atividade e caracteriza-se pela simplicidade e curto lapso temporal entre uma *task* e outra (TUBARO et al., 2020).

Acrescenta-se que, embora apresente a fragmentação da atividade como elemento predominante, o microtrabalho não se confunde com um mero "taylorismo digital". Ainda que a parcialização da atividade configure como elemento central do taylorismo, o trabalhador neste modelo integrava a um todo maior conhecido, havendo tanto assalariamento como relativa segurança, especialmente vinculada à atuação coletiva e movimentos de agremiação naquela conjuntura. No microtrabalho, contudo, a parcialização da atividade atinge novo patamar, em que o microtrabalhador, com frequência, desconhece o todo ao qual a tarefa executada integra e encontra-se exposto a uma nova temporalidade e especialidade de trabalho, com pouco ou nenhuma amparo social e coletivo (ROSENFIELD; MOSSI, 2020, p. 748).

Ao investigar o microtrabalho em cenário nacional, Braz (2021, p. 144-7) discrimina as cinco principais formas como o microtrabalhar se expressa no Brasil, quais sejam: (i) para treinamento e produção de dados, de forma muito vinculada a plataformas globais de inteligência artificial; (ii) para realização de pesquisas de mercado; (iii) para impulsionamento de redes sociais, também conhecidas como "fazendas de cliques"[7]; (iv) para pequenos serviços de realização de depoimentos, divulgações de textos e contas, dentre outros; e (v) para testes de usabilidade remota, visando a testagem e levantamento de informações sobre novos produtos.

Ainda que se reconheça que o microtrabalho contemple uma variedade de pequenas tarefas realizadas em *crowdwork*, a presente pesquisa preocupa-se com o microtrabalho desempenhado para fins de alimentação e treinamento de inteligência artificial. Neste aspecto, Tubaro e Casilli (2019) esclarecem que as atividades realizadas por microtrabalhadores ajudam a subsidiar os processos vinculados à inteligência artificial gerando dados, assim como solucionando atividades que as máquinas não executam de forma eficaz. Desta forma, as microtarefas se encontram a serviço da superação dos "*gaps*" da inteligência artificial (WILLOW GARAGE, 2009).

---

[7] Registra-se que, nas "*click farms*", a atividade dos microtrabalhadores consiste na contínua realização de reações a publicações e páginas online, tendo um profundo impacto sociopolítico (KUEK ET AL., 2015).

Dentre as atividades exercidas neste modelo, em que plataformas ofertam tarefas em um mercado online para empresas que atuam no aperfeiçoamento de inteligência artificial, constatam-se incumbências como realizar anotações em imagens e gravar áudios com solicitações usualmente realizadas para assistentes virtuais (BERG et. al. 2018). Tubaro (2020, p. 38) registra algumas expressões deste trabalho direcionado a uma multidão de trabalhadores sem contrato formal e por meio de dispositivos digitais:

> *The extraordinary successes of present-day artificial intelligence (AI) rest on the "microwork" of a multitude of real men and women. They tag objects in images, transcribe commercial receipts, translate bits of text, and record their voice while reading aloud short sentences. Simple and repetitive, these tasks generally require low qualifications and are paid as little as a few cents*[8].

Ainda no que tange às atividades desempenhadas para contribuir ao desenvolvimento de inteligência artificial, observa-se que, na indústria automotiva, as principais funções exercidas por microtrabalhadores dizem respeito à classificação de imagens, detecção ou marcação de objetos, identificação de pontos de referência e segmentação semântica. Assim, a título de exemplo, as tarefas demandadas aos trabalhadores subsidiam a aprendizagem da máquina auxiliando na identificação de elementos como animais atravessando as ruas e bicicletas (TUBARO; CASILLI, 2019).

Ao sistematizar maneiras como o microtrabalho ampara a inteligência artificial, Tubaro et. al. (2020) apresentam três eixos que traduzem esta vinculação em diferentes momentos da criação e aperfeiçoamento de *machine learning*, quais sejam: (i) na preparação da IA; (ii) na personificação da IA; e (iii) na verificação da IA. A preparação da inteligência artificial encontra-se subdividida em duas fases – geração de dados e anotações de dados. A geração de dados pode ser ilustrada pela

---

[8] Em livre versão: "O extraordinário sucesso da inteligência artificial (IA) atual repousa no "microtrabalho" de uma multidão de homens e mulheres reais. Eles marcam objetos em imagens, transcrevem recibos comerciais, traduzem trechos de texto e gravam sua voz enquanto lêem frases curtas em voz alta. Simples e repetitivas, essas tarefas geralmente exigem baixas qualificações e são remuneradas apenas com alguns centavos".

gravação de áudios com diferentes sotaques; enquanto na anotação de dados, por seu turno, encontram-se demandas como a categorização de tópicos de conversas e a determinação de emoções humanas relacionadas a alguma declaração.

A personificação da inteligência artificial, que Irani (2015) descreve como a parte "artificial" da própria "inteligência artificial", consiste em medida paliativa que diz respeito tanto à superação de atividades que a máquina ainda não consegue desempenhar com eficiência, quanto à busca, por parte das empresas, de ocultamento da necessidade de mão de obra humana, visando atrair acionistas e sustentar a imagem de autonomia da máquina divulgada publicamente. Por conseguinte, é identificada especialmente quando *startups* que se apresentam como desenvolvedoras de inteligência artificial utilizam-se, para redução de custos, do labor de microtrabalhadores contratados mediante plataformas digitais (TUBARO ET. AL., 2020, p. 7):

> *Costs go further up if accuracy of results is soughts [...]. Under pressure to perform, companies may find it cheaper to just leave aside cutting-edge technology, fragment the work into micro-tasks and sub-contract them to low-paid workers through platforms*[9].

Constata-se, ainda, o uso dos serviços de plataformas de microtrabalho para verificação da inteligência artificial. Isto é, demandas endereçadas à confirmação e correção da atuação da inteligência artificial – como analisar se o assistente virtual entendeu corretamente uma determinada declaração e teve sua operação em consonância com as expectativas do usuário (TUBARO et. al., 2020).

Em atenção às diferentes maneiras como o microtrabalho é demandado pela inteligência artificial, observa-se que a imagem ideal de plena autonomia da máquina em relação ao humano, que frequentemente acompanha iniciativas relacionadas à *machine learning*, ainda não se sustenta (IRANI, 2015) e apresenta larga contradição

[9] Em livre versão: "Os custos aumentam ainda mais se a precisão dos resultados for buscada [...]. Sob pressão para apresentar um bom desempenho, as empresas podem achar mais barato simplesmente deixar de lado a tecnologia de ponta, fragmentar o trabalho em microtarefas e subcontratá-las com trabalhadores de baixa remuneração por meio de plataformas".

quando se investiga a realidade das microtarefas e dos trabalhadores que as desempenham. Verifica-se, à vista disso, que estes resquícios de atividades humanas pouco qualificadas atravessam a indústria da tecnologia, apresentando-se enquanto uma demanda estrutural da indústria de *machine learning* (GRAY; SURI, 2019). Em mesmo sentido, pesquisas desenvolvidas por Tubaro et. al. (2020, p. 4) apontam à continuidade do vínculo entre microtarefas e inteligência artificial:

> *Our other expectation is that micro-work is a structural rather than a temporary input to AI production. While some technology enthusiasts believe that data generation and annotation tasks will ultimately be fully automated, the 'heteromation' paradigm (Ekbia and Nardi, 2017) implies that some essential tasks will always be directed to humans as indispensable though hidden providers. [...] Our review of machine learning techniques corroborates this line of thought: their huge and growing data needs will keep demand for micro-work high in the foreseeable future.*[10]

O "toque humano" do microtrabalho manifesta-se, portanto, como uma contribuição que diz respeito à estrutura da inteligência artificial, tendo em consideração que seus processos envolvem uma grande quantidade de dados, e não meramente temporária. Isto é, na conjuntura de desenvolvimento da inteligência artificial baseada em aprendizagem estatística, a demanda por dados não atingirá um estado estacionário, devendo ser continuamente adaptado às mudanças para gerar resultados mais precisos e lucrativos (TUBARO et. al, 2020). Diante do cenário descrito pela literatura científica, importa investigar as condições em que as atividades laborativas de microtrabalhadores são exercidas, especialmente à luz do princípio e valor constitucional da dignidade da pessoa humana.

[10] Em livre versão: "Nossa outra expectativa é que o microtrabalho seja mais estrutural do que temporário para a produção de IA. Embora alguns entusiastas da tecnologia acreditem que as tarefas de geração e anotação de dados serão, em última análise, totalmente automatizadas, o paradigma de 'heteromação' (Ekbia e Nardi, 2017) implica que algumas tarefas essenciais sempre serão direcionadas aos humanos, enquanto provedores indispensáveis, embora ocultos. [...] Nossa revisão da aprendizagem de máquina corrobora para esta linha de pensamento: as enormes e crescentes necessidades de dados manterão alta demanda por microtrabalho em um futuro previsível".

3 A FRUIÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONJUNTURA DO MICROTRABALHO: A INVISIBILIZAÇÃO E INSTRUMENTALIZAÇÃO DO ELEMENTO HUMANO

Em decorrência das particularidades do contexto do microtrabalho digital, o claro mapeamento dos trabalhadores que se encontram vinculados a plataformas que fornecerem microtarefas para alimentação de inteligência artificial é dificultado. Dentre os obstáculos reconhecidos, encontra-se a existência de diferentes níveis de engajamento com a atividade, haja vista que as microtarefas são executadas tanto para fins de obtenção de renda principal de trabalhadores, quanto, por outro lado, como atividade exercida em curtos lapsos temporais livres do microtrabalhador (BERG et. al, 2018).

Em pesquisa investigando as dificuldades metodológicas para contagem de microtrabalhadores, Tubaro, Ludec e Casilli (2020) apontam, além dos desafios inerentes à diversidade de engajamento e do papel desta renda na organização financeira de cada microtrabalhador, também a ausência de âncora geográfica – coexistindo trabalhadores de diferentes nacionalidades – e o uso concomitante de grande variedade de plataformas digitais. Ainda, os autores indicam as dificuldades decorrentes da subnotificação da atividade e da ausência de percepção, pelo próprio microtrabalhador, do caráter laborativo das tarefas:

> *Micro-work is more likely than other platform-based earning activities to be under-reported in general social surveys. The simple, short and sometimes 'gamified' nature of micro-tasks misleads workers who often fail even to recognise them as labour*[11].

Em que pese a existência de adversidades para a elaboração de uma cartografia precisa dos espaços e condições do microtrabalho no cenário do labor digital, faz-se possível identificar um contexto caracterizado pela insegurança e falta

[11] Em livre versão: "É mais provável que o microtrabalho seja subnotificado em pesquisas sociais em geral do que outras atividades lucrativas baseadas em plataforma. A natureza simples, curta e às vezes "gamificada" das microtarefas engana os trabalhadores que muitas vezes nem conseguem reconhecer estas atividades como trabalho".

de reconhecimento. Nesse sentido, relatório promovido pela OIT (BERG et. al., 2018) indica preocupação com a ausência de regulamentação da atividade, que tem suas condições determinadas unilateralmente pelas plataformas digitais – não havendo, muitas vezes, sequer garantia de adimplemento pela tarefa realizada, especialmente quando a empresa que contratou o serviço entende que a sua execução não alcançou o merecimento de contraprestação.

Além de apontar para uma situação de precarização ainda mais acentuada em contexto nacional, Braz (2021) salienta a assimetria da relação estabelecida entre os trabalhadores e as plataformas em uma relação em que o labor é desempenhado sem margens para negociações e proteção social. O autor atenta, ainda, aos impactos decorrentes da ausência de compreensão da totalidade e finalidade de sua tarefa por parte trabalhador, culminando tanto em uma maior dificuldade na construção de laços sociolaborais sólidos, quanto induzindo à redução da atividade humana a mero funcionamento procedimental, dissociada de sentido (BRAZ, 2021).

A invisibilização da necessidade de microtrabalhadores, com o objetivo de manter uma aparência que gere maiores investimentos por acionistas e aceitação por consumidores, implica em uma larga fenda entre a imagem difundida do aperfeiçoamento de processos de *machine learning* e a realidade laboral dos trabalhadores que executam microtarefas (IRANI, 2015, p. 9):

> *Within the private sector, automatic management also serves a symbolic purpose with financial consequence. Microwork companies attract more generous investment terms when investors perceive them as technology companies rather than labor companies*[12].

Em entrevistas com responsáveis pela gestão de microtarefas, Irani (2015) identifica que os problemas dos trabalhadores são tratados pela gestão das plataformas digitais como problemas computacionais, sob a égide de um eixo estritamente direcionado à precisão, velocidade e escalabilidade. Desta forma, os

---

[12] Em livre versão: "Dentro do setor privado, a gestão automática também serve a um propósito simbólico com consequências financeiras. As empresas de microtrabalho atraem investimento mais generosos quando os investidores as percebem como empresas de tecnologia em vez de empresas de trabalho".

trabalhadores têm a sua singularidade silenciada frente a imposição de um tratamento como se máquinas fossem.

Além da promoção de medidas para manter o microtrabalhador longe do olhar público em geral e da agenda política, verifica-se a acentuada confusão dos trabalhadores que executam as microtarefas acerca do propósito de sua atividade, obstaculizando a integração social e a autonomia destes grupos. Em pesquisa de Tubaro et. al. (2020, p. 6-7), um trabalhador que desempenha estas pequenas tarefas, ao ser entrevistado, afirma "*then I think to myself: if it's there, it must be useful to someone, for something, but... Why, I don't know*"[13].

Com resultados similares, pesquisa desenvolvida por Grohmann e Araújo (2021) buscou investigar a percepção dos próprios trabalhadores acerca das atividades desempenhadas junto às plataformas que ofertam microtarefas à inteligência artificial, e localizaram postagens de microtrabalhadores questionando-se acerca de sua identidade laboral. Os autores apontam que as noções de dados e inteligência artificial são raramente mencionadas entre os trabalhadores – sendo a inteligência artificial mencionada espontaneamente em apenas uma entrevista –, explicitando que muitos trabalhadores não percebem-se como parte da cadeia de aperfeiçoamento da aprendizagem de máquinas.

A significativa assimetria informacional entre trabalhadores e plataformas digitais, que culmina na carência de compreensão do microtrabalhador sobre o todo em que sua atividade se insere – e, com frequência, inclusive na incompreensão do caráter laboral de sua atuação junto às plataformas de microtarefas –, implica em um facilitador para a continuidade do trabalho em condições precárias. Ademais, a invisibilidade, confusão e solidão no cenário do microtrabalho importa em prejuízos na formação de um elo social protetivo, conforme aduzem Rosenfield e Mossi (2020, p. 749):

> Em última instância, isso contribui ao enfraquecimento do elo social e dos mecanismos de suporte societários, pois não há, pretensamente, humanos envolvidos. A quem reclamar e reivindicar? É uma organização ímpar no que se

---

[13] Em livre versão: "então eu penso comigo mesmo: se está aí, deve ser útil para alguém, para alguma coisa, mas ... por que, eu não sei".

> refere à total independência do trabalhador em relação àquele que demanda seu trabalho, ao fato de o trabalhador entregar o produto do seu trabalho podendo não ser aceito nem ser pago, à ausência total de compromisso do cliente e do operador da plataforma em relação ao trabalhador. Este está inserido precariamente na esfera do mundo do trabalho, desenlaçado e sem qualquer vínculo ou proteção. É um trabalhador invisível, "solto" no processo de trabalho.

Diante deste cenário, a preocupação com as possibilidades para concretização do princípio e valor constitucional da dignidade da pessoa humana merece atenção. Conforme ensina Sarlet (2019), a dignidade é qualidade intrínseca e irrenunciável da pessoa humana. Por conseguinte, a dignidade não pode ser concedida ou retirada da pessoa humana, mas deve ser protegida e respeitada. Embora inexista conduta patronal capaz de retirar a dignidade do trabalhador humano, ante o seu caráter inerente, reconhece-se a possibilidade de manutenção de condutas e condições laborais que ferem este princípio e valor fundante do ordenamento jurídico pátrio, positivado no inciso III, artigo 1º, da Constituição Federal de 1988.

Destaca-se que se encontra consagrada no ordenamento constitucional a vedação de práticas que submetam as pessoas a situações degradantes ou que violem a dignidade humana, inerente a todo o indivíduo (SIQUEIRA, 2016). Ainda, atento ao risco de banalização do valor-guia da dignidade da pessoa humana, Santos Junior (2010) aduz que o impedimento a sua fruição – haja vista que não há falar em pessoa humana sem dignidade – deve ser analisado no caso em concreto, ratificando a perspectiva da dignidade como intrinsecamente vinculada à vedação da redução do humano à condição de objeto.

A dignidade humana – que não se encerra em um conceito fixista e permanece em constante desenvolvimento –, vincula-se, portanto, à doutrina kantiana ao anunciar impedimento de instrumentalização do ser humano – isto é, sujeita-lo à condição que negue a sua distinção enquanto humano. Tal valor, contudo, não impede que o humano preste serviços em favor de objetivos de terceiros, mas sim que reste encerrado em uma relação que culmine em sua coisificação (SARLET, 2019, p. 61):

> [...] vale registrar, ainda, que mesmo Kant nunca afirmou que o homem, num certo sentido, não possa ser "instrumentalizado" de tal sorte que venha a servir, espontaneamente e sem que com isto venha a ser degradado na sua condição humana, à realização de fins de terceiros, como ocorre, de certo modo, com todo aquele que presta um serviço a outro. Com efeito, Kant refere expressamente que o homem constitui um fim em si mesmo e não pode servir "simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade"

Com amparo na doutrina de Dieter Grimm, Sarlet (2019) ensina que a dignidade humana resta violada quando atenta à autonomia da pessoa de decidir acerca de seus projetos existenciais (SARLET, 2019). A autonomia, portanto, é elemento fundante da dignidade (WEBER, 2013).

Acrescenta-se que a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana entrelaça-se, também, à realização de direitos fundamentais formalmente registrados na Constituição Federal ou decorrentes da abertura material do catálogo constitucional (SARLET, 2007). Imprescindível, portanto, alcançar a realização substantiva das garantias sociais fundamentais (STRECK, 2002), vez que a efetivação de direitos nas relações de trabalho consolida-se enquanto fundamental na afirmação da cidadania social e ampara a manutenção da democracia (DELGADO, 2007). Outrossim, considerando as reformulações decorrentes do avanço tecnológico, é salutar a reflexão acerca da concretização do princípio da dignidade humana do trabalhador frente às repercussões das novas tecnologias nesta seara (STÜRMER; COIMBRA, 2018).

A partir da compreensão de dignidade profundamente relacionada à autonomia do humano de autodeterminar-se e gerir suas práticas existenciais, o cenário de desenvolvimento e aprimoramento de inteligência artificial, ao se utilizar do desempenho de atividades de microtrabalhadores, é potencial ensejador de condições violadoras da dignidade da pessoa humana. Na medida em que invisibiliza todo o grupo de trabalhadores que executam microtarefas e sustenta acentuada assimetria informacional, o cenário do microtrabalho impede que os trabalhadores assimilem a finalidade da sua atividade e, até mesmo, sejam reconhecidos perante consumidores, acionistas e pares.

Nesse sentido, ao examinar as recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT), Rosenfield e Mossi (2020, p. 754) indicam que "as relações trilaterais entre plataforma, clientes e trabalhadores, por serem abusivas, colocam em jogo o respeito à dignidade do microtrabalhador". As pesquisadoras enfatizam que, para além de obtenção de melhores condições de trabalho em âmbito de distribuição – como remuneração –, o cenário do microtrabalho gera preocupante demanda por reconhecimento.

Constatam-se, desta forma, violências que se expressam no âmbito moral e de relações intersubjetivas de reconhecimento, sendo anteriores às restrições de dimensões operacionalizáveis. Portanto, além de demandas de representação coletiva e de distribuição – como a garantia de percebimento de remuneração pela atividade realizada e de jornada razoável –, a atuação deste grupo de trabalhadores na alimentação de sistemas de inteligência artificial vincula-se essencialmente a uma dimensão moral e que diz respeito à dignidade do trabalhador (ROSENFIELD; MOSSI, 2020, p. 758):

> [...] a postura desrespeitosa (um mau tratamento, ou um tratamento abusivo) em relação aos microtrabalhadores impede que sejam reconhecidos e se reconheçam como sujeitos dignos de tomar parte na vida em sociedade, colocando em questão o valor moral desses sujeitos e de suas capacidades e realizações.

Diante desta conjuntura, percebe-se que o predominante cenário de desenvolvimento de inteligência artificial baseada em aprendizagem estatística, que faz uso de mão de obra humana tanto para gerar e anotar dados, como para verificar a correção da atuação da máquina e, até mesmo, falsear um funcionamento supostamente autônomo da inteligência artificial, culmina em condições de trabalho que prejudicam a fruição da dignidade humana garantida em texto constitucional.

À luz das preocupações identificadas em literatura científica, sublinha-se que tanto a camuflagem da demanda por atividades humanas na realização de pequenas tarefas, vinculada à tentativa de manutenção de uma imagem de atuação autônoma da máquina perante consumidores e acionistas, quanto a tratativa deste labor a

partir de uma perspectiva meramente computacional – conforme identificado em estudo de Irani (2015) – são aspectos do contexto do microtrabalho que implicam na instrumentalização do humano.

Importa notar que o trabalho é dimensão de afirmação da identidade do sujeito, perante si e perante pares, sendo fator de inserção social e sentido (BENDASSOLLI; SOBOLL, 2011). O manejo do labor humano enquanto máquina e a marcada tendência a velar a mão de obra humana no cenário da inteligência artificial, é geradora, por consequência, de prejuízos à dimensão social dos trabalhadores. Ademais, a carência de percepção de sua atividade enquanto ocupação laborativa – ainda que não se discuta, no presente artigo, a pertinência de classificação aos modelos tradicionais de emprego – atrofiam as possibilidades de articulação com pares e de negociação para alcance de melhores condições laborais.

Por consequência, a acentuada assimetria informacional conecta-se com a manutenção de um trabalho invisível e dissociado de sentido social, sendo preocupação recorrente em relatório da Organização Internacional do Trabalho a promoção de medidas capazes de impulsionar maior simetria nas relações e o reconhecimento das atividades laborais caracterizadas como microtrabalho. Destaca-se, nesta linha, a recomendação de informar aos microtrabalhadores os objetivos de seu trabalho e a identidade dos clientes que se utilizam das tarefas cumpridas (BERG, 2018).

Portanto, embora os processos de *machine learning* estejam endereçados ao alcance de aprendizagem semelhante ou superior a de humanos, gerando grande preocupação no que tange as taxas de ocupabilidade de mão de obra humana em um futuro próximo, denota-se que a indústria tecnológica tende a velar a necessidade de execução de microtarefas por humanos. Este mascaramento, associada à tratativa do elemento humano como se máquina fosse, enseja a coisificação de trabalhadores que, com frequência, sequer percebem-se enquanto parte da indústria a que pertencem.

A promoção de condições para a devida fruição da dignidade humana, em conformidade com os preceitos constitucionais, tendo como pressuposto o exercício de autonomia e a possibilidade de autodeterminar-se em suas escolhas e existência, envolve a aplicação de medidas que desembaracem a visibilidade deste grupo

perante a sociedade e que viabilizem que o trabalhador perceba a realização de suas tarefas enquanto atividades laborativas dotadas de sentido, que alimentam a indústria da inteligência artificial. A dignidade, na conjuntura do microtrabalho, depende do reconhecimento do caráter humano – e de suas respectivas demandas sociais e simbólicas – dos sujeitos que desempenham microtarefas, para a superação de um cenário em que máquina promove o achatamento e a incompreensão do trabalhador, ainda, humano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da preocupação com os prejuízos ao exercício da dignidade da pessoa humana no contexto do microtrabalho, especialmente no que tange às microtarefas executadas para alimentação e aperfeiçoamento de processos de aprendizagem de máquina baseada em estatísticas, identificou-se a necessidade de compreender aspectos deste cenário capazes de ensejar a instrumentalização do humano na indústria da inteligência artificial. Por meio de revisão de literatura científica e doutrinária, fez-se possível identificar que a plataformização do trabalho, fenômeno que desponta a partir da década de 70 e concretiza-se frente à possibilidade de plataformas digitais gerirem e mediarem a relação entre trabalhadores e agentes interessados na prestação de serviços, é marcado pela pluralidade.

Desta forma, para além das conhecidas atividades "*on-demand*", como as vinculadas a aplicativos de entrega e caronas, optou-se por privilegiar o estudo do trabalho em "*crowdwork*", especialmente do microtrabalho. Caracterizado pelo desempenho de pequenas tarefas, de natureza variada, o microtrabalho é responsável pela alimentação do desenvolvimento e aperfeiçoamento de inteligência artificial baseada em aprendizagem estatística. Tendo em vista que tais processos demandam grande quantidade de dados, assim como anotações, verificações e preenchimentos de "*gaps*" ainda não superados pela *machine learning*, verifica-se que a demanda de trabalho humano pouco qualificado permanece entrelaçado à indústria da inteligência artificial.

Além disso, constata-se que a necessidade de pequenas atividades desempenhadas por humanos é, com frequência, ocultada pelos desenvolvedores de

inteligência artificial. As relações estabelecidas nesta seara, ademais, são marcadas por assimetrias informacionais e pelo manejo da atividade humana como mero elemento computacional, culminando em uma conjuntura em que o microtrabalhador guarda pouca ou nenhuma compreensão acerca da finalidade da sua atividade – muitas vezes, sequer entendendo que as microtarefas se tratam de atividades laborativas, dotadas de sentido institucional e social.

Diante disso, identifica-se acentuada ameaça à fruição da dignidade humana na conjuntura do labor perante plataformas digitais de microtrabalho. A promoção de medidas que coíbam a instrumentalização do humano no desenvolvimento de inteligência artificial perpassa, por consequência, a necessidade de estratégias que gerem maior transparência acerca da demanda de atividade humana na verificação e alimentação da inteligência artificial.

Tendo em vista que o pleno exercício da dignidade reclama por autonomia e pela possibilidade de autodeterminar-se em suas escolhas, inclusive no que se refere à ocupação laborativa, o fomento de estratégias endereçadas à redução da invisibilidade e carência de reconhecimento social e institucional destes grupos de trabalhadores se faz essencial. Por fim, a partir dos resultados obtidos a partir da pesquisa bibliográfica desenvolvida, aponta-se para a necessidade de pesquisas futuras que investiguem e sugiram alternativas de políticas públicas e de atuação de agentes sociais voltadas ao reconhecimento sociocultural dos trabalhadores vinculados às plataformas de microtrabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABILIO, Ludmila Costhek. Uberização: Do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado. *Psicoperspectivas*, v. 18, n. 13, 2019. Disponível em: https://www.cesit.net.br/uberizacao-do-empreendedorismo-para-o-autogerenciamento-subordinado/. Acesso em 13 set. 2021.

ADAMS-PRASSL, Jeremias. What if your boss was an algorithm? Economic Incentives, Legal Challenges, and the Rise of Artificial Intelligence at Work**.** *Comparative Labor Law & Policy Journal 123*, v. 41, n. 1, 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3661151. Acesso em 14 set. 2021.

ADAM-PRASSL, Jeremias; RISAK, Martin. Uber, TaskRabbit, & CO: platforms as employers? rethinking the legal analysis of crowdwork. *Oxford Legal Studies Research Paper*, n. 8, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2733003. Acesso em: 14 set. 2021.

BARZOTTO, Luciane Cardoso; LANNER, Maíra Brecht. Declaração do centenário da Organização Internacional do Trabalho e a proteção do trabalhador digital no paradigma da fraternidade. *E-Revista Internacional de la Protección Social*, v. IV, n. 2, p. 125-143, 2019.

BENDASSOLLI, Pedro F.; SOBOLL, Lis Andrea. *Clínicas do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2011.

BERG, Janine; FURRER, Marianne; HARMON, Ellie; RANI, Uma; SILBERMAN Six. *Digital labour platforms and the future of work*: towards decent work in the on-line world. Geneva: International Labour Office, 2018. Disponível em: https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_645337/lang--en/index.htm. Acesso em: 14 set. 2021.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 14 set. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 22 set. 2021.

BRAZ, Matheus Viana. Heteromação e microtrabalho no Brasil. *Sociologias*, ano 23, n. 17, p. 134-172, maio/ago. 2021.

CASILLI, Antonio. Digital Labor Studies Go Global: Toward a Digital Decolonial Turn. *International Journal of Communication*, v. 11, 2017, p. 3934–3954. Disponível em: https://ijoc.org/index.php/ijoc/article/view/6349/2149. Acesso em: 17 set. 2021.

CASILLI, Antonio. O trabalho digital além da uberização. In: GROHMANN, Rafael (Org.). *Os laboratórios do trabalho digital*: entrevistas. 1a ed. São Paulo: Boitempo, 2021. p. 27-32.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*: Volume I. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 2, p. 11-39, 2007.

DE STEFANO, Valerio. The rise of the "just-in-time workforce": On-demand work, crowdwork and labour protection in the "gig-economy". *Conditions of Work and Employment Series*, n. 71. Geneva: ILO, 2016.

DE STEFANO, Valerio. Labour is not a technology: Reasserting the Declaration of Philadelphia in Times of Platform–Work and Gig–Economy. *IUSLabor*, 2, p. 1–16, 2017.

FINCATO, Denise Pires; CRACCO NETO, Heitor Barbieri. Teletrabalho: de Chappe a Nilles. *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, a. 30, n. 358, out. 2013.

GRAY, Mary; SURI, Siddhart. The humans working behind the AI curtain. *Harvard Business Review,* 9 Jan. 2017. p. 2–5.

GRAY, Mary; SURI, Siddhart. *Ghost Work*: How to stop Silicon Valley from building a new global underclasse. Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 2019.

GROHMANN, Rafael. Plataformização do trabalho: características e alternativa. In: ANTUNES, Ricardo (Org.). *Uberização, Trabalho e Indústria 4.0*. São Paulo: Boitempo, 2020. p. 93-109.

GROHMANN, Rafael; ARAÚJO, Willian Fernandes. Beyond Mechanical Turk: The Work of Brazilians on Global AI Platforms. In: VERDEGEM, Peter (Org.). *AI for everyone? Critical perspectives*. London: University of Westminster Press, 2021. p. 247-166. Disponível em: https://www.uwestminsterpress.co.uk/site/books/e/10.16997/book55/. Acesso em: 27 set. 2021.

HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. 1a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

IRANI, Lilly. The cultural work of microwork. *New media & society*, v. 17, n. 5, 2015, p. 720-739. Disponível em: https://escholarship.org/uc/item/2x10h7rs#main. Acesso em: 19 set. 2021.

KALIL, Renan Bernardi. *Capitalismo de plataforma e Direito do Trabalho*: crowdwork e
trabalho sob demanda por meio de aplicativos. Tese de Doutorado. Orientador Otavio
Pinto e Silva. São Paulo, Universidade de São Paulo, 2019.

KUEK, Siou Chew; PARADI-GUILFORD, Cecilia; FAYOMI, Torks; IMAIZUMI, Saori; IPEIROTIS, Panos. *The global opportunity in online outsourcing*. World Bank, Washington, DC, 2015. Disponível em: https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/22284. Acesso em: 17 set. 2021.

MÖHLMANN, Mareike; ZALMANSON, Lior. Navigating Algorithmic Management and Drivers' Autonomy. *Thirty Eighth International Conference on Information Systems,* South Korea, 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Mareike_Moehlmann2/publication/31996525

9_Hands_on_the_wheel_Navigating_algorithmic_management_and_Uber_drivers'_autonomy/links/59c3eaf845851590b13c8ec2/Hands-on-the-wheel-Navigating-algorithmic-management-and-Uber-drivers-autonomy.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; GRILLO, Sayonara. Conceito e crítica das plataformas digitais de trabalho. *Revista Direito e Praxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, 2020, p. 2628-2629.

POCHMANN, Marcio. A crise capitalista e os desafios dos trabalhadores. *Cadernos do CEAS*, Salvador, n. 239, p. 698-723, 2016.

ROSENFIELD, Cinara; MOSSI, Thays Wolfarth. Trabalho decente no capitalismo contemporâneo: dignidade e reconhecimento no microtrabalho por plataformas. *Revista Sociedade e Estado*, v. 35, n. 3, set./dez. 2013, p. 741-764.

SANTOS JUNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 10a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SIQUEIRA, Rodrigo Espiúca dos Anjos**.** *Relações de Trabalho e Direitos Fundamentais Sociais*. Curitiba: Juruá, 2016.

SRNICEK, Nick. *Platform Capitalism*. New York: John Wiley & Sons, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STÜRMER, Gilberto; COIMBRA, Rodrigo. As novas tecnologias e o meio ambiente de trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 192, ano 44, p. 123-148, ago. 2018.

SUNDARARAJAN, Arun. *The sharing economy*: the end of employment and the rise of crowd–based. Cambridge: Mit Press, 2016.

TUBARO, Paola. Whose intelligence is artificial intelligence? *Global Dialogue, International Sociological Association*, 2020, p. 38-39. Disponível em: https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-03029735. Acesso em: 14 set. 2021.

TUBARO, Paola; CASILLI, Antonio. Micro-work, artificial intelligence and the automotive industry. *Journal of Industrial and Business Economics*, Springer, 2019, p.1-13. Disponível em: https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02148979. Acesso em: 15 set. 2021.

TUBARO, Paola; CASILLI, Antonio; COVILLE, Marion. The trainer, the verifier, the imitator: Three ways in which human platform workers support artificial intelligence. *Big Data & Society*, jan./jun. 2020, p. 1-12. Disponível em: https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2053951720919776. Acesso em: 17 set. 2021.

VAN DOORN, Niels. Platform Labor: on the gendered and racialized exploitation of low-income servisse work in the 'on-demand' economy*. Information, Communication & Society*, v. 20, n. 6, p. 898-914, 2017.

WEBER, Thadeu*. Ética e Filosofia do Direito*: Autonomia e dignidade da pessoa humana. Petrópolis: Vozes, 2013.
WILLOW GARAGE. *Humans Helping Robots See*, 24 ago. 2009. Disponível em: ros.org/news/2009/08/humans-helping-robots-see.html. Acesso em: 19 set. 2021.

9. DIREITOS FUNDAMENTAIS CONTROVERTIDOS: A QUESTÃO DO ABORTO NO DIREITO COMPARADO

https://doi.org/10.36592/9786554600668-09

Eugênio Facchini Neto[1]

SUMÁRIO

Introdução

Honrado pelo convite de participar deste *Festschrift* em homenagem aos sessenta anos do Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet, é com muita alegria que ofereço essa modesta contribuição. O amigo e duplamente colega (de magistratura no RS e no PPGD da PUCRS, da qual ele é coordenador) Ingo é sabidamente um acadêmico de escol, brilhando em todas as áreas em que deita seu inteligente olhar – direito constitucional, direito ambiental e direito penal sendo as mais salientes. Escolhi como objeto dessa contribuição um tema que envolve áreas de interesse do homenageado – direitos fundamentais e direito penal –, mas com um enfoque que também dialoga com área de meu interesse – o direito comparado: a questão do aborto no direito comparado.

As discussões sobre o aborto sempre foram enviesadas por visões religiosas em quase todos os países, dificultando um enfrentamento puramente jurídico de um

[1] Doutor em Direito Comparado pela Università Degli Studi di Firenze. Mestre em Direito Civil pela USP. Professor titular dos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Ex-Diretor da Escola Superior da Magistratura/AJURIS. Desembargador no Tribunal de Justiça do RS. E-mail: eugenio.facchini@pucrs.br.

problema que também é de saúde pública, como demonstram os dados que serão mencionados. Em razão de tal enfoque, o tema sempre foi objeto de grandes controvérsias e de enorme divisão de opiniões no seio da sociedade. Isso dificulta o enfrentamento da questão no âmbito mais adequado para tanto: o do legislador. Parlamentares sempre procuram se esquivar de discutir temas que dividem a sociedade, pois temem ter mais a perder do que a ganhar – perderão votos dos eleitores que pensam de forma diversa sobre o espinhoso tema e provavelmente não ganharão votos de eleitores que, embora concordando com sua posição a respeito desse tema específico, discordam de sua orientação política geral. Por essa razão, que é universal, em muitos países não são os parlamentos a deliberar sobre o tema, mas sim o Judiciário, poder sempre menos influenciável a pressões políticas dos eleitores.

É esse o tema que aqui se pretende abordar, em perfil mais descritivo do que problematizante. O texto é dividido em seis partes, iniciando com referências sobre a questão do aborto na história, seu enfrentamento pelo movimento feminista e as discussões éticas daí resultantes. Após será abordada a questão do aborto como questão de saúde pública, pois independentemente de quanto a legislação tenta proibi-lo ou restringi-lo, ele sempre existiu, embora com grandes danos às gestantes forçadas a abortos clandestinos. Na sequência, será travado debate sobre a questão do aborto como tema jurídico, descrevendo-se seu enfrentamento em alguns países, de forma mais destacada - Estados Unidos, Irlanda, Alemanha e Itália – com rápidas informações sobre a situação em outros países europeus, asiáticos e latino-americanos. Ao final, breves informações sobre a situação brasileira serão prestadas na parte conclusiva, encerrando-se com algumas considerações finais.

1 A questão do aborto na história, o movimento feminista e as discussões éticas resultantes

O aborto vem sendo praticado desde sempre, embora não haja registros mais precisos em período anterior ao século XIX[2]. Em tempos mais remotos, a interrupção

---

[2] Nesses termos, FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; OLIVEIRA NAVES, Bruno Torquato de. *Bioética e Biodireito.* 5ª ed., rev. atual. e ampl. Indaiatuba/SP: Ed. Foco, 2021, p. 89.

voluntária da gestação era realizado por parteiras ou pelas próprias mulheres grávidas e os meios utilizados para sua realização eram "cantilenas mágicas, exercícios físicos violentos e instrumentos mecânicos". [3] Seu significado e sua aceitação, porém, variaram e continua variando consoante o lugar e a época. O aborto voluntário acontecia principalmente nas situações de prostituição e adultério. Nas sociedades em que o aborto não era tolerado, isso não se dava em razão de eventual direito do feto a nascer, mas sim em razão do interesse do pai sobre um potencial herdeiro.[4]

Embora se trate de afirmação não dotada de validez universal, há quem sustente que até o século XVIII, apesar da interferência das concepções religiosas ao longo do tempo, a gestação, o parto e o aborto mantiveram-se como um assunto privado de mulheres, não se colocando a vida da mulher e a do feto no mesmo plano.[5] Nos últimos três séculos é que as visões sobre gravidez, parto e aborto sofreram marcadas alterações, pois o feto passou a ser considerado uma entidade autônoma, o que impactou a discussão sobre o tema.

Uma interpretação histórica mais aceita e difundida sustenta que a prática do aborto é conhecida deste a antiguidade, pois desde sempre as mulheres se depararam com os problemas de uma gravidez indesejada. [6] E desde sempre, igualmente, lhes foi dito que sua gravidez não interessava apenas a ela.[7] Para alguns, os textos mais antigos que reprimiam o aborto o faziam "não tanto por respeito à vida embrionária, mas com vistas a proteger os interesses do pai, o único que dispunha de um direito de vida ou morte sobre seus filhos". [8]

---

[3] GALEOTTI, Giulia. *História do aborto*. Coimbra: Edições 70, 2007, p. 35.

[4] MATOS, Fernanda Patrícia Lopes de. *Aborto: liberdade de escolha ou crime?* (PDF). Barbacena, 2011, p. 10. Disponível em https://ri.unipac.br/repositorio/wp-content/uploads/2019/02/FERNANDA-PATR%C3%8DCIA-LOPES-MATOS.pdf. Acesso em 14/07/2023.

[5] GALEOTTI, Giulia. *História do aborto*. Coimbra: Edições 70, 2007, p. 26.

[6] VEIL, Simone. *Uma lei para a história.* A legalização do aborto na França. Trad. de Julia Vidile. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018, p. 35.

[7] O direito romano considerava o feto como parte das entranhas femininas e, consequentemente, sujeito ao poder do *paterfamilias.* Qualquer prática abortiva, portanto, dependeria de sua autorização. Aliás, a Tábua IV da Lei das XII Tábuas, disciplinando o pátrio poder, chegava ao ponto de prever que "*Cito necatus insignis ad deformitatem puer esto*" autorizando o *paterfamilias,* assim, a matar (determinando-se que o fizesse de forma rápida) uma criança que tivesse nascido com notável deformidade, comprovada pelo testemunho de cinco vizinhos.

[8] VEIL, Simone. *Uma lei para a história.* A legalização do aborto na França. Trad. de Julia Vidile. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018, p. 36.

Na verdade, o debate sobre o aborto sempre foi tisnado por concepções religiosas, morais, éticas, penais. Na idade média, a questão envolvia o relevante (para a época) tema da salvação das almas, já que os teólogos cristãos, por volta do séc. XIII, "fixaram a aparição de uma alma aos quarenta dias para os meninos e oitenta dias para as meninas"[9]. Esse pensamento naturalmente influenciou a legislação dos povos católicos, como foi o caso da *Ley de las Siete Partidas*, outorgada pelo rei castelhano Afonso X, em meados do séc. XIII, que previa a punição com a morte da gestante que ingerisse intencionalmente ervas ou outras substâncias abortivas, ou que se ferisse com a intenção de eliminar o nascituro (Sétima Partida, VIII, n. 6 e 8).[10] Mais tarde, Carlos V, Rei da Espanha e Imperador do Sacro Império Romano-Germânico, através de sua *Constitutio Criminalis Carolina,* de 1532, fixou a data em que o feto seria dotado de alma e, portanto, passível de proteção penal: no momento em que a mãe percebe os batimentos cardíacos. Duas décadas mais tarde, em 1558, o Papa Sisto V enrijeceu o debate, condenando formalmente o aborto em qualquer período da gravidez. Todavia, já na Renascença segmentos da sociedade apresentam pontos de vista mais flexíveis, pois surgiu a noção de aborto médico possível em casos de hemorragias graves[11].

Rebecca Cook lembra que "as normas religiosas continuam a determinar de maneira importante o comportamento reprodutivo e sexual", pois mesmo nos países em que há uma separação constitucional entre religião e Estado, líderes religiosos muitas vezes continuam a exercer um considerável poder político nesse debate, influenciando políticas governamentais do setor. No caso brasileiro, é nítida a influência da chamada bancada evangélica, que vem se fortalecendo no Congresso Nacional a cada legislatura, defendendo uma visão ultraconservadora de mundo e de sociedade. Referida professora, porém, refere que "um espírito democrático vem tomando corpo entre pessoas de fé religiosa que reconhecem que algumas escolhas, particularmente aquelas ligadas ao bem-estar reprodutivo e sexual, são ditadas pela

---

[9] Esse foi o pensamento de Tomás de Aquino, em sua *Summa Theologica* (AQUINO, Tomás. *Suma de Teología,* 4ª. Ed.. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001, T. 1, p. 980-985).

[10] FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; OLIVEIRA NAVES, Bruno Torquato de. *Bioética e Biodireito.* 5ª ed., rev. atual. e ampl. Indaiatuba/SP: Ed. Foco, 2021, p. 90.

[11] VEIL, Simone. *Uma lei para a história.* A legalização do aborto na França. Trad. de Julia Vidile. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018, p. 36 e 77.

consciência individual, e não pela doutrina revelada por uma autoridade hierárquica".[12]

O movimento feminista corretamente sustenta que é difícil imaginar algo que concerna mais às mulheres do que a gravidez e o aborto. Por isso, defende que qualquer debate sobre a questão deva levar em consideração primordialmente o ponto de vista específico das mulheres, "reconhecendo-se que o aborto afeta exclusivamente seus direitos, e a proteção de seus interesses implica garantir-lhes a possibilidade de recorrer ao aborto quando o desejarem.[13]

Em seu célebre discurso ao Parlamento francês, em 26/11/1974, na condição de Ministra da Saúde do governo Giscard d'Estaing, defendendo o projeto do governo que descriminalizava o aborto médico, sob certas condições, Simone Veil referiu ser "impossível impedir os abortos clandestinos". Expôs ela a realidade presente em todos os países do mundo que criminalizam o aborto: as mulheres pobres sujeitam-se a fazer o aborto desprovidas de apoio, em condições higiênicas precárias, que muitas vezes a levam à morte ou a deixam com sequelas graves. Já "essa mesma mulher, se tiver dinheiro e souber se informar, irá a um país vizinho ou mesmo a certas clínicas (...) e poderá, sem correr nenhum risco e sem sofrer qualquer penalidade, pôr fim à sua gravidez". Após referir os números do aborto na França, naquele período, Simone Veil acrescentou: "eu gostaria de compartilhar com os senhores uma convicção de mulher: (...) nenhuma mulher recorre com alegria ao aborto. Basta escutar as mulheres. O aborto sempre é um drama".[14] Na verdade, Simone pretendia desconstruir a ideia de que leis repressivas eram a solução, quando os dados estatísticos demonstravam o total fracasso dessa estratégia, pois nem diminuem o número de abortos, nem protegem a vida das mulheres, para que possam, futuramente, vir a ser mães, quando as circunstâncias existenciais se alterarem.

---

[12] COOK, Rebecca J. Estimulando a efetivação dos direitos reprodutivos. In: BUGLIONE, Samantha, et. al. (Org.). *Reprodução e sexualidade.* Uma questão de justiça. Porto Alegre: Themis/Sérgio Antonio Fabris Ed., 2002, p. 20 e 21.

[13] Nesses termos, LAGERWALL, Anne. Prostitution, port du voile, avortement devant la Cour EDH : une affaire de femmes ?. In : *Féminisme(s) et droit international,* p. 371 – disponível em http://cdi.ulb.ac.be/wp-content/uploads/2012/12/feminisme.pdf, acesso em 20/07/2019.

[14] VEIL, Simone. *Uma lei para a história.* A legalização do aborto na França. Trad. de Julia Vidile. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018, p. 17.

O posicionamento de Simone Veil não foi algo isolado. De fato, no início dos anos setenta as feministas de ambos os lados do Atlântico entraram em cena, exigindo a descriminalização do aborto, em respeito à autonomia da gestante. O pontapé inicial deste debate ocorreu com a publicação de um manifesto intitulado "*Je me suis fait avorter*" (Eu realizei um aborto), na edição de 5 de abril de 1971 do prestigiado semanário francês *Le Nouvel Observateur.* O manifesto foi assinado por 343 mulheres que publicizaram terem se submetido a um aborto ou que apoiavam a causa da descriminalização do aborto e do acesso a serviços sanitários públicos para sua realização, dentre as quais a famosa escritora e filósofa Simone de Beauvoir, uma das principais redatoras do manifesto[15], assinado também por Françoise Sagan, Catherine Deneuve e Marguerite Duras.[16]

Essa iniciativa causou enorme impacto, exigiu a reflexão de todos sobre a visão feminina do fenômeno e foi replicada em outros países. Em 6 de junho de 1971 foi a vez do respeitável semanário alemão *Der Stern* publicar um manifesto intitulado *Wir haben abgetrieben!* (Nós abortamos!), de responsabilidade do *Aktion 218,* uma organização feminina da Alemanha Ocidental cujo nome reproduzia a parte do código penal alemão que criminalizava o aborto. O manifesto publicava pequenas histórias de aborto de 374 alemãs, expondo suas humanas razões e sua indignação por serem consideradas como 'criminosas'[17]. Em 4 de agosto do mesmo ano foi a

---

[15] O manifesto foi republicado em página virtual, em 27 de novembro 2007, com o título Le "Manifeste des 343 salopes" paru dans le Nouvel Obs en 1971", estando disponível em https://www.nouvelobs.com/societe/20071127.OBS7018/le-manifeste-des-343-salopes-paru-dans-le-nouvel-obs-en-1971.html, acesso, em 14/07/2019. Para comentários sobre a enorme repercussão desse manifesto, v. VEIL, Simone. *Uma lei para a história.* A legalização do aborto na França. Trad. de Julia Vidile. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018, p. 44 e 79. Em 1973 foi a vez dos homens se mobilizarem, com a criação do Movimento para a Liberação do Aborto e da Contracepção (MLAC) – 330 médicos assinam um manifesto no qual afirmam praticar abortos – S. Veil, op. cit., p. 79

[16] O jornal *Le Monde*, na edição de 6/4/71, refere que o manifesto "marca uma data na evolução dos costumes". Mas foi o processo de Bobigny, em 1972, que representou "um ponto sem volta". Tratava-se do aborto realizado por uma moça de 16 anos, Marie-Claire, com a cumplicidade de sua mãe e duas colegas desta. O pai da criança a denunciou. A advogada Gisèle Halimi "resolveu defendê-la e transformou o caso numa questão nacional, mobilizando a opinião pública: panfletos, manifestações, convocação de testemunhas ilustres para denunciar a hipocrisia e a injustiça da lei. Muitos homens – pesquisadores, professores de medicina – se envolveram corajosamente, em especial o prêmio Nobel de medicina, Jacques Monod. A moça foi absolvida. A repressão do aborto, decididamente, não era mais aceitável" - VEIL, Simone. *Uma lei para a história.* A legalização do aborto na França. Trad. de Julia Vidile. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018, p 45.

[17] Disponível em https://www.hdg.de/lemo/bestand/objekt/druckgut-stern-wir-haben-abgetrieben.html , acesso em 14/07/2019.

vez das mulheres italianas publicarem seu manifesto, que foi notícia no *Liberazione Notizie,* também publicizando terem feito aborto, criticando a sua criminalização, denunciando os seus efeitos para as gestantes mais pobres e defendendo que a maternidade deveria ser uma questão de "escolha livre e consciente".[18]

O movimento europeu transpôs o Atlântico e na primavera de 1972 a revista *Ms Magazine* publicou um manifesto no estilo do francês, intitulado "We Have Had Abortions"[19], assinado por 53 mulheres, que igualmente chamou a atenção de todos para a relevância do debate. Nos Estados Unidos, esse debate, na verdade, já fora antecipado por Betty Friedan, presidente da National Organization for Women, pois em fevereiro de 1969 havia feito um fundamentado e contundente discurso de abertura intitulado "*Abortion: A Woman's Civil Right*"[20], por ocasião do *First National Conference on Abortion Laws*.

Esse movimento pró-aborto evidentemente suscitou um movimento contrário, liderado especialmente pela Igreja Católica e por segmentos conservadores da sociedade e da política, tanto nos Estados Unidos quanto nos países europeus.

Do ponto de vista racional, um experimento filosófico[21] desenvolvido por Judith Jarvis Thomson (1929-2020) ajuda a melhor enquadrar o suposto conflito

---

[18] "Anche in Italia 'autodenunce' per l'aborto", disponível em http://old.radicali.it/search_view.php?id=44852&lang=&cms=, acesso em 14/07/2019.

[19] Disponível em http://images.nymag.com/images/2/promotional/11/11/week1/mrs-abortionsb.pdf, acesso em 14/07/2019.

[20] Disponível em http://www.benbrownshistoryandlaw.com/betty-friedan-a-womans-civil-right, acesso em 14/07/2019.

[21] Experimentos filosóficos são situações imaginárias, concebidas por filósofos para trazer à tona nossos sentimentos ou intuições sobre uma questão particular, forçando-nos a testar a coerência de nossos pensamentos intuitivos. Uma filósofa que muito trabalhou com isso foi Philippa Foot (1920-2010). Para testar a coerência de uma posição intuitiva, no sentido de que talvez valesse a pena sacrificar uma vida para salvar várias, ela propõe comparar duas situações. No primeiro caso, suponha que você está caminhando ao longo de uma via férrea e percebe um trem vindo em velocidade descontrolada, por ter o maquinista desmaiado em razão de um mal súbito. À frente, estão trabalhando nos trilhos 5 funcionários, que não se dão conta da veloz aproximação do trem e que certamente serão atingidos e mortos, se nada for feito. Todavia, à frente de você está uma alavanca que, se acionada, desviará o trem para uma linha férrea ao lado, onde está trabalhando apenas 1 funcionário que, nesse caso, morrerá. Intuitivamente a maioria das pessoas diria que seria ético e correto acionar a alavanca, para que apenas 1 e não 5 pessoas fossem mortas. Trata-se de posição utilitarista/consequencialista, segundo a qual deve-se sempre buscar a maior felicidade para o maior número de pessoas. Ou seja, o que importaria é mais o resultado da conduta do que os aspectos éticos da conduta em si. A professora da Universidade da Califórnia então introduz uma variante de seu pensamento, para testar a coerência de tal posição. Ela imagina um paciente internado em um hospital, para uma intervenção de menor relevância – suponha-se uma extração de amígdalas. Todos os seus outros órgãos do corpo estão funcionando muito bem. E imagine-se que, naquele hospital, estejam 5 outros pacientes em estado crítico, necessitando urgentemente de transplantes – coração,

entre os interesses da gestante e os do feto em desenvolvimento. Os militantes do chamado movimento 'pro-life' sustentam a primazia dos interesses/direitos do feto, frente aos da gestante. O experimento da professora de filosofia do M.I.T. fez com que aumentasse a consciência sobre o valor do ponto de vista da gestante. Seu experimento mental era o seguinte: suponha a existência de um famoso e virtuoso violinista, portador de um grave problema renal. Sua única chance de sobrevivência é ser ligado a uma pessoa que compartilha seu raro tipo sanguíneo e outras características biológicas. Você integra esse escasso grupo de pessoas e está internado, por outras razões, no mesmo hospital que o violinista. Em certa manhã, ao acordar, você percebe que, enquanto dormia, foi dopada e os médicos conectaram os rins do violinista aos seus. Thomson sustenta que, nessa situação, você não tem o dever de manter o violinista plugado ao seu corpo, mesmo que você saiba que ele irá morrer se você decidir desvincular-se dele. Imagino que quase todos nós pensaríamos da mesma forma. Da mesma forma, ela sugere, se uma mulher engravidou contra sua vontade (por ter falhado seu método anticoncepcional, por exemplo), o desenvolvimento de um feto dentro do seu organismo não lhe confere o automático direito de usar seu corpo. A situação do feto seria semelhante ao do violinista. Antes de Thomson introduzir esse experimento, muitas pessoas pensavam que a questão crucial seria definir se o feto era uma pessoa. Se a resposta fosse positiva, então o aborto seria imoral e ilegal em qualquer caso. Todavia, com o experimento de Thomson, mesmo que se entenda que o feto é uma pessoa, isso não

---

rins, fígado, etc, sob risco de morte iminente. Nesse caso, ninguém afirmaria que seria correto/ético sacrificar o paciente saudável para garantir a vida de outras 5 pessoas. No entanto, o resultado seria o mesmo – eliminação de uma vida para o salvamento de outras cinco. Tal resposta demonstraria, assim, que nem sempre o maior benefício para o maior número justifica o sacrifício e um bem juridicamente tutelado. Outra filósofa, Judith Jarvis Thomson, introduz, então, algumas alterações no famoso dilema do trem, para testar a coerência do pensamento consequencialista, apresentando o dilema do bonde. Imagine que um bonde esteja se deslocando, em alta velocidade, também por ter seu condutor sofrido um mal súbito. À frente, na linha, também estão trabalhando 5 funcionários, que certamente morrerão quando atingidos. Você está percebendo o que irá ocorrer e percebe que há um homem muito gordo à sua frente que, se empurrado para cima dos trilhos, poderá brecar o bonde, com isso salvando as 5 vidas. Boa parte das pessoas que responderiam que puxariam a alavanca do trem, no primeiro caso, se recusariam a empurrar o homem gordo para sua morte certa. No entanto, o resultado seria o mesmo – salvamento de 5 vidas. Por estes experimentos, percebe-se que o pensamento utilitarista, que examina apenas o resultado das condutas, nem sempre é suficiente para nos dar uma resposta satisfatória para enfrentar dilemas éticos como esses – sobre esses experimentos, v. o capítulo 37 (The Runaway Train and the Unwanted Violinist) – Philippa Foort and Judith Jarvis Thomson, de WARBURTON, Nigel. *A Little History of Philosophy.* New Haven: Yale University Press, 2012, p. 222/227.

resolve definitiva e satisfatoriamente a questão, pois há que se considerar, também, o ponto de vista da gestante.[22]

Em interessante artigo, o professor italiano Francesco Busnelli analisa as posições que procuram responder à demanda "de quem é o corpo que nasce?", identificando as respostas usualmente encontradas: (i) o corpo que nasce é de quem o 'fabrica' (identificando três variáveis – é de quem o fabrica *para realizar um desejo,* próprio e/ou de outrem; é de quem o *fabrica para vendê-lo* ou cedê-lo a outros [casos de maternidade substitutiva]; é de *quem o escolhe,* no caso de procriação assistida); (ii) o corpo que nasce é de uma pessoa abstrata dissociável do ser humano, 'inventada' para ser conectada a um direito, inclusive sobre seu próprio corpo, a ponto de se defender o direito a não nascer (fazendo referência ao conhecido *affaire Perruche,* julgado pela Corte de Cassação francesa no ano 2000); (iii) o corpo que nasce é coisa, com as variantes de coisa dependente ou coisa independente, mas mesmo assim eventualmente objeto de proteção jurídica; (iv) o corpo que nasce é sujeito independente.[23] Todas essas variáveis demonstram o grau de complexidade das questões envolvidas, que não devem ser simploriamente resolvidas à luz de uma simples concepção religiosa.

A questão do aborto, como se viu, suscita questões éticas de relevo, mas também deve ser analisada sob o ponto de vista da saúde pública, objeto do capítulo seguinte.

2 A questão do aborto como questão de saúde pública

Além de ser um dos mais controvertidos temas éticos e religiosos, com reflexos no campo jurídico, há muito o aborto constitui um sério problema de saúde pública[24]. Independentemente do que se pense a respeito das implicações jurídicas, éticas, morais ou religiosas a respeito do tema, a prática do aborto é antiga e difusa,

---

[22] Sobre esse experimento, v. WARBURTON, Nigel. *A Little History of Philosophy.* New Haven: Yale University Press, 2012, p. 126.

[23] BUSNELLI, Francesco Donato. De quem é o corpo que nasce? Do dogma jurídico da propriedade à perspectiva bioética da responsabilidade. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e Responsabilidade.* Rio de Janeiro: Gen/Ed. Forense, 2009, p. 347/359.

[24] VEATCH, Robert M.; HADDAD, Amy M.; ENGLISH, Dan C. *Case Studies in Biomedical Ethics* – Decision-Making, Principles and Cases. New York: Oxford University Press, 2015, p. 202.

como já indicado. E muitos dos abortos realizados clandestinamente colocam em risco a vida ou a saúde da mulher. Segundo Brauner, na América Latina, segundo dados do início do século, 10% das mulheres hospitalizadas em razão de abortos malsucedidos tem idade inferior a 20 anos, sendo que um terço delas apresentam sérias infecções.[25]

Dados da OMS[26] indicavam que a cada ano entre 2010 e 2014 foram realizados cerca de 55,7 milhões de abortos no mundo. Metade desses abortos colocou a vida de mulheres em risco, com dados apontando para cerca de 47 mil mulheres morrendo a cada ano em razão de procedimentos realizados em precárias condições sanitárias. Houve ligeira melhora em anos mais recentes – certamente o resultado de novas políticas públicas menos penalizantes e mais acolhedoras -, pois segundo dados divulgados pela OMS em 2022[27], anualmente 39 mil mulheres morrem e milhões são hospitalizadas com complicações causadas por abortos inseguros, sendo que a maioria dessas mortes acontece em países de renda baixa e em populações vulneráveis, 60% na África e 30% em países asiáticos.[28] Mundialmente, estima-se que 13% da mortalidade maternal é atribuída a abortos inseguros.[29]

Além das recomendações clínicas, as diretrizes elaboradas pela OMS também apontam a necessidade da remoção de barreiras políticas, tais como a criminalização, tempos de espera obrigatórios, exigência de aprovação por outras pessoas (parceiros, membros da família), além de limites sobre o período de gravidez em que um aborto pode ocorrer, pois essas limitações podem levar a atrasos críticos no acesso ao tratamento e colocar mulheres e meninas em alto risco de se submeterem a abortos inseguros. Além disso, os dados levantados pela OMS demonstram que restringir o acesso ao aborto não reduz o número de abortos que

---

[25] BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana.* Conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 18/19.

[26] DW – Deutsche Welle, "Metade dos abortos coloca vida de mulheres em risco". Disponível em: https://www.dw.com/pt-br/metade-dos-abortos-realizados-no-mundo-coloca-vida-de-mulheres-em-risco/a-40720885. Acesso em 20.07.23.

[27] "OMS divulga diretrizes para melhorar segurança em abortos". Disponível em : https://news.un.org/pt/story/2022/03/1782252, de 09/03/2022. Acesso em 16.08.2023.

[28] Dados relacionados à situação brasileira, na virada do século, encontram-se em BUGLIONE, Samantha. Reprodução e sexualidade: uma questão de justiça. In: BUGLIONE, Samantha, et. al. (Org.). *Reprodução e sexualidade.* Uma questão de justiça. Porto Alegre: Themis/Sérgio Antonio Fabris Ed., 2002, p. 162/163.

[29] DABUS MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. *Curso de Bioética e Biodireito.* 4ª ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 267.

ocorrem. Na verdade, as limitações apenas têm o efeito de aumentar os números de procedimentos inseguros. Nos países onde o aborto é mais restrito, apenas um quarto dos abortos é seguro, em comparação com quase nove em cada 10 em países onde o procedimento é legalmente admitido. A recomendação oficial daquele órgão, assim, é no sentido de que para evitar uma gravidez indesejada e abortos inseguros, é necessário que mulheres e meninas tenham acesso a educação sexual, informações, serviços de planejamento familiar e cuidados de aborto de qualidade.

Em razão da magnitude desses dados, o aborto foi definido como “um dilema do nosso tempo”. Embora problema antigo, foi somente em 1967 que ele foi objeto de um Encontro Internacional, nos Estados Unidos, onde o tema foi discutido e se concluiu pela necessidade de alteração da legislação vigente nos países, visando tornar o aborto legal sob certas condições, a fim de que as mulheres pudessem ter acesso a recursos médico-hospitalares.[30]

Passa-se a analisar, assim, a questão do aborto como problema jurídico.

3 A questão do aborto como tema jurídico

Analisando o aborto sob o prisma constitucional e comparado, Reva Siegel, professora de Yale, referiu que em meados do século XX a legislação sobre o tema variava muito de país para país. Alguns poucos países admitiam a interrupção voluntária da gravidez por livre opção da gestante, a maioria criminalizava o aborto, exceto para salvar a vida da gestante, ao passo que outros admitiam o aborto justificado (por motivos terapêuticos, eugênicos, jurídicos [estupro] ou até socio-econômicos). Uma primeira alteração ocorreu entre 1967 e 1977, quando ao menos 42 países alteraram a legislação sobre o aborto, a maioria no sentido de uma maior liberalização. Foi nesse período também que os tribunais competentes do Estados Unidos, Canadá e Europa começaram a analisar a novel legislação sob o prisma de sua constitucionalidade[31].

---

[30] BERLINGUER, Giovanni. *Bioética cotidiana.* Trad. de Lavínia B. A. Porciúncula. Brasília: Editora UNB, 2004, p. 45.

[31] SIEGEL, Reva B. The Constitutionalization of Abortion. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law.* Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1057-1078, p. 1060. Muitas das informações contidas nos parágrafos seguintes, envolvendo a

A questão do aborto não era vista como um tema constitucional até os anos sessenta. Tratava-se de uma simples questão de direito penal em quase todos os países. Da mesma forma como os códigos penais puniam o assassinato de uma pessoa, puniam igualmente, embora mediante um tipo diverso, normalmente mais brando, o aborto. O nascituro era visto como uma pessoa a ser protegida. Não havia necessidade de qualquer ponderação, pois não se identificava qualquer interesse contrário ao da preservação da vida do nascituro que merecesse proteção. As excludentes estavam fixadas na própria lei penal, normalmente sob a forma de necessidade para proteger a vida da gestante, ou, como no caso brasileiro, quando a concepção fosse fruto de estupro.

O debate sobre a questão aumentou na década de sessenta. Os críticos da dureza e rigidez penal referiam que a legislação tratava desigualmente as gestantes, pois a prática do aborto era uma realidade social, com a diferença que as gestantes mais abastadas tinham acesso a clínicas seguras, ao passo que as gestantes mais pobres viam-se compelidas a fazer abortos em locais sem qualquer estrutura e auxiliadas por pessoas tecnicamente despreparadas, que colocavam em risco sua saúde[32].

Como fruto desse debate, vários países editaram leis, alterando a legislação a respeito do aborto – a maioria mantendo a criminalização, mas admitindo mais excludentes, outros descriminalizando sob condições. Essas condições iam desde um maior aumento de causas justificativas (terapêuticas, jurídicas ou sociais) a uma limitação temporal (admitindo o aborto, desde que realizado no período inicial da gestação – normalmente até a 10ª ou 12ª semana)[33]. Mas essas alterações legislativas não resolveram definitivamente a questão, pois pessoas ou entidades contrárias às alterações ajuizaram ações judiciais, deslocando a arena da discussão

evolução da questão do aborto, assim como algumas das informações relacionadas aos manifestos publicados por feministas, foram expostas tendo por base as ideias e dados contidos nesse artigo.

[32] SIEGEL, Reva B. The Constitutionalization of Abortion. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law.* Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1061.

[33] O estágio da gestação possui consequências biológicas, com repercussões jurídicas. Afirma-se, por exemplo, que o aborto é dito (i) *ovular,* se praticado até a 8ª semana de gestação; (ii) *embrionário,* se ocorrido até a 15ª semana de gestação; e (iii) *fetal,* se ocorrer após a 15ª semana de vida intrauterina – nesses termos, DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito.* São Paulo: Ed. Saraiva, 2001, p. 32.

da esfera política para a judicial. Isso ocorreu nos anos setenta, nos Estados Unidos, França, Alemanha, Áustria e Itália. Nos tribunais, o debate ganhou color constitucional, pela primeira vez. Nos Estados Unidos e na Itália, os tribunais consideraram inconstitucionais as leis que criminalizavam o aborto, embora dentro de certos limites; na França e na Áustria as Cortes validaram, sob o prisma constitucional, a maior liberalização do aborto; na Alemanha, a Corte Constitucional entendeu inconstitucional a descriminalização do aborto na fase inicial da gestação[34].

Ainda que sem maiores aprofundamentos, diante da natural limitação de espaço desse artigo, apresenta-se o debate ocorrido no âmbito do direito comparado, em algumas experiências nacionais das últimas décadas. No tópico seguinte será abordada a situação norte-americana, irlandesa, alemã e italiana. No tópico subsequente, a experiência de outros países será analisada.

4 O debate jurídico sobre o aborto nos Estados Unidos, Irlanda, Alemanha e Itália

Donald Kommers[35] efetua interessante análise comparativa quanto à questão do aborto na Irlanda, Alemanha e Estados Unidos, justificando a escolha desses três países por compartilharem vários traços comuns, como o fato de serem democracias seculares enraizadas no princípio da soberania popular, adotando o princípio do Estado de Direito (*rule of law*), possuírem judiciários independentes e reconhecerem a universalidade do princípio da dignidade humana. Todavia, pontuou haver diferenças históricas, culturais e religiosas que influenciaram suas respectivas constituições e, consequentemente, o balanceamento entre os interesses da gestante e os do feto aspirante à vida, na questão da possibilidade ou não do aborto. Estados Unidos e Irlanda estavam em polos opostos, sendo aquele mais liberal quanto ao aborto [à época em que o artigo foi escrito, anteriormente à guinada

---

[34] SIEGEL, Reva B. The Constitutionalization of Abortion. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law.* Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1064.

[35] KOMMERS, Donald P. Autonomy, dignity and abortion. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (ed.). *Comparative Constitutional Law.* Cheltenham/UK: Edward Elgar, 2011, p. 441-458. As informações dos próximos parágrafos, ao analisar e comparar as situações da Irlanda, Alemanha e Estados Unidos foram retiradas desse texto.

conservadora que vem caracterizando a nação norte-americana nos últimos anos], ao passo que a Irlanda era o mais restritivo, à época em que o artigo fora escrito, desde que o *Offenses Against the Person Act of 1861* havia peremptoriamente proibido o aborto, atualmente revogado. Já a Alemanha situava-se substancialmente em posição equidistante dos outros dois. Entendo interessante reproduzir a análise do referido professor, até para evidenciar como as posições jurídicas sobre o tema se alteram, dentro de um mesmo país, nem sempre de forma constante, como foi o caso da Irlanda e dos Estados Unidos.

A Irlanda possui uma Constituição nitidamente influenciada pelo forte catolicismo que sempre dominou aquele país. A Constituição proibia expressamente o aborto, salvo quando necessário para evitar um "*real and substantial risk*" para a vida da gestante. E o art. 40.3.3, introduzido pela Oitava Emenda à Constituição, estabeleceu que "*the State acknowledges the right to life of the unborn*", ainda que imediatamente tenha referido "*with due regard to the equal right of the mother*".

Em casos mais antigos – *Ryan,* de 1965, e *McGee,* de 1973 -, a Suprema Corte irlandesa afirmou que o direito à vida é um direito natural e que colocar em perigo ou destruir o feto seria "*an offense against the common good and the guaranteed personal rights of the human life in question*". Em caso posterior, o importante *X case,* de 1992, afirmou que a gestante tem direito ao aborto na Irlanda ou no estrangeiro, se a sua gravidez apresentar um "*real and substantial risk*" à sua vida. Destaque-se que embora a Constituição irlandesa proteja expressamente a vida do nascituro, salvo se a vida da gestante estiver em perigo, ela igualmente expressamente autoriza que as gestantes possam procurar assistência e realizar abortos fora do país, sem que possam vir a ser processadas quando do seu retorno ao país.[36]

Todavia, em maio de 2018 foi realizado um referendo sobre a legalização do aborto na Irlanda, tendo 68% da população se manifestado favoravelmente à ideia.[37]

---

[36] Estima-se que cerca de 170.000 mulheres irlandesas viajaram para o exterior em busca de um aborto legal, entre 1980 e 2018 - *Death and Suffering: The Story Behind Ireland's Abortion Ban and its* Reversal – Disponível em https://www.usnews.com/news/best-countries/articles/2022-06-27/the-story-behind-irelands-abortion-ban-and-its-reversal. Acesso em 16/08/2023.

[37] Segundo informações disponíveis em https://g1.globo.com/mundo/noticia/sim-vence-em-referendo-sobre-legalizacao-do-aborto-na-irlanda.ghtml, acesso em 30/07/2019.

Em razão desse resultado, atualmente a legislação permite o aborto, por decisão da gestante, até a 12ª semana da gestação, com os custos suportados pela previdência social pública.[38]

A comparação entre esses dois países, Estados Unidos e Irlanda, mostra o quanto o debate é dinâmico, refletindo as mudanças culturais, valores sociais e ideologias dominantes. Nos últimos cinquenta anos, a situação inverteu-se nos dois países: do ponto de vista jurídico, os Estados Unidos eram tidos como predominamente liberais, em razão do paradigmático precedente *Roe v. Wade,* de 1973, que foi superado em junho de 2022, quando do julgamento do caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization.* A decisão deixou a cada um dos Estados membros a decisão a respeito, tudo indicando que a maioria dos estados, essencialmente os conservadores sulistas, reforçarão as leis restritivas do aborto. Já na Irlanda, nesse mesmo período, abandonou-se a rígida legislação contra o aborto a uma nação para se admitir o aborto, por decisão exclusiva da gestante, ao menos durante o primeiro trimestre da gestação.

Nos Estados Unidos, em 1960 todos os Estados membros possuíam legislação prevendo o aborto como crime, salvo quando necessário para salvar a vida da gestante. Por volta de 1973, porém, quatorze Estados haviam aprovado leis permitindo o aborto também em outras circunstâncias, como o fato de a gestação ter sido fruto de estupro ou incesto, ou quando houvesse evidências de que a criança, se nascesse, provavelmente sofreria de sérias anomalias (*severe defect*). Alaska,

[38] A mudança da legislação foi uma decorrência de um caso dramático que chocou a nação, ocorrido em 2012, sendo este o estopim de um movimento da sociedade que culminou com o referendo constitucional. Tratava-se do caso envolvido Savita Halappanavar, de 31 anos, que baixou hospital em Galway, com uma gestação de 17 semanas. Os médicos diagnosticaram que ela estava tendo um aborto espontâneo. Todavia, como ainda era possível detectar o batimento cardíaco do feto, eles se recusaram a efetuar o procedimento clínico de aborto, pois o feto era protegido pela 8ª emenda. A ela foi ministrada apenas medicação paliativa, para dor, devendo aguardar o progresso natural do aborto. Três dias depois, tendo a dor aumentado e aparecendo sinais de infecção, ela e o marido insistiram para que o procedimento de aborto clínico fosse realizado, tendo seu pedido sido negado, pois ainda os sinais cardíacos do feto podiam ser sentidos. Ela acabou falecendo de infecção generalizada, o que acarretou uma enorme indignação social - *Death and Suffering: The Story Behind Ireland's Abortion Ban and its* Reversal – Disponível em https://www.usnews.com/news/best-countries/articles/2022-06-27/the-story-behind-irelands-abortion-ban-and-its-reversal. Acesso em 16/08/2023.

Hawaii e New York tinham abolido praticamente todas as restrições ao aborto por desejo da gestante.[39]

A partir de 1969, juízes federais e estaduais de nove Estados-membros (Califórnia, Texas, Wisconsin, Geórgia, Illinois, Florida, New Jersey, Connecticut e South Dakota) passaram a considerar inconstitucionais as legislações que incriminavam o aborto nesses Estados. O fundamento para o reconhecimento da inconstitucionalidade derivava da lógica extraída do caso *Griswold v. Connecticut*, de 1965, que havia afirmado ser a privacidade verdadeiro direito fundamental protegido constitucionalmente.

Foi nesse contexto que surgiu o emblemático caso *Roe v. Wade,* no qual, por 7 votos a 2, reconheceu-se a inconstitucionalidade de leis estaduais que criminalizavam o aborto, por violar o *right of privacy* da gestante. Não se proclamou o direito constitucional ao aborto, mas sim afirmou-se o direito contra algo – o direito de não ser perseguido criminalmente por praticar o aborto. Reconheceu-se, porém, que os Estados membros tinham interesse na regulação do aborto, razão pela qual a gestação foi dividida em três períodos/trimestres. No primeiro trimestre, a liberdade da gestante para abortar era irrestrita; no segundo trimestre, os Estados podiam regular o aborto para proteger a saúde da mulher; no terceiro trimestre, diante da viabilidade fetal, os Estados podiam até mesmo proibir o aborto – ressalvadas situações de risco à saúde da mulher.

Este caso dividiu a opinião pública norte-americana entre posições "*pro-life*" e "*pro-choice*"[40]. As pessoas contrárias ao aborto, até então fracamente organizadas, ficaram surpresas e chocadas com a decisão e rapidamente se organizaram, tornando-se uma força política muito forte, alinhada ao partido Republicano. Inicialmente tentaram derrubar a decisão através de alteração da legislação federal, mas não lograram êxito. Na sequência, dirigiram seus esforços para a esfera estadual e local, onde tiveram sucesso em obter regulações que dificultavam, de fato, a realização de abortos. Isso fez com que inúmeros outros casos relativos ao aborto subissem à Suprema Corte nos anos seguintes. Entre 1976 e 1985, a Suprema Corte

---

[39] PATRICK, John J. *The Supreme Court of the United States.* 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2006, p. 12.

[40] ABRAHAM, Henry J. *The Judicial Process.* 7ª ed. New York: Oxford University Press, 1998, p. 346.

decidiu 10 casos de aborto (exemplificativamente, *Planned Parenthood v. Danforth,* de 1976, *Maher v. Roe*, *Beal v. Doe* e *Poelker v. Doe* todos de 1977, e *Akron v. Akron Center for Reproductive Health,* de 1983), reconhecendo a inconstitucionalidade em todos eles, à luz do precedente *Roe*[41]. Rediscussões do tema ocorreram nos casos *Webster v. Reproductive Health Services,* de 1989[42], *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, em 1992, e *Whole Woman's Health v. Helertedt* em 2016.[43]

Em 1992, no julgamento proferido no referido caso *Casey,* a Corte adotou uma orientação mais restritiva aos interesses da gestante, embora mantivesse expressamente a essência do caso Roe v. Wade[44].[45] Num movimento altamente simbólico pela sua raridade[46], os *Justices* Sandra O'Connor, Kennedy e Souter, redigiram o voto pela maioria de forma conjunta, reconhecendo o direito da mulher

---

[41] HARTMAN, Gary; MERSKY, Roy M.; TATE, Cindy L. *Landmark Supreme Court Cases – The Most Influential Decisions of the Supreme Court of the United States.* New York: Facts on File, 2004, p. 13.

[42] Esse caso iniciou a desconstrução da divisão em trimestres, feita no caso *Roe,* entendendo J. Rehnquist que "the framework's key elements, trimester and viabilitity, are not found in the Constitution's text or in any place else one would expect to find a constitutional principle", e acabou autorizando a legislação estadual a estabelecer exigências restritivas ao aborto. Sobre isso, v. HARTMAN, Gary; MERSKY, Roy M.; TATE, Cindy L. *Landmark Supreme Court Cases – The Most Influential Decisions of the Supreme Court of the United States.* New York: Facts on File, 2004, p. 12/14, e PATRICK, John J. *The Supreme Court of the United States.* 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2006, p. 374/375.

[43] HARTMAN, Gary; MERSKY, Roy M.; TATE, Cindy L. *Landmark Supreme Court Cases – The Most Influential Decisions of the Supreme Court of the United States.* New York: Facts on File, 2004, p. 10.

[44] Ainda que alguns sustentando que o caso *Roe v. Wade* fora decidido erroneamente, mas era um precedente a ser, na essência, seguido – nesse sentido, POSNER, Richard A. *How Judges Think.* Cambridge/USA: Harvard University Press, 2008, p. 276.

[45] Sobre os bastidores do julgamento do caso *Casey,* em que inicialmente o C.J. Rehnquist imaginara ter a maioria para revogar o caso *Roe,* v. BURNS, James MacGregor. *Packing the Court – The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court.* New York: Penguin Press, 2009, p. 219/220. Uma boa abordagem do caso *Casey* encontra-se em HILLIARD, Bryan. *The U.S. Supreme Court and Medical Ethics.* From Contraception To Managed Health Care. St. Paul/Minn.: Paragon House, 2004, p. 164-182

[46] Sobre esse "highly unusual move", v. FRIEDMAN, Lawrence M. *American Law in the 20th Century*. New Haven: Yale University Press, 2002, p. 532, que discorre também sobre o ácido voto vencido de Scalia, Segundo Tushnet, Scalia estava furioso com a posição adotada por Sandra O'Connor. Scalia, um católico devoto, opunha-se ao aborto por questões morais, acreditando que aborto fosse realmente um homicídio. Ele acreditava que Sandra O'Connor e Anthony Kennedy, nomeados pelo conservador Reagan, votariam com eles no sentido da revogação do precedente *Roe.* Segundo a leitura constitucional de Scalia, quando a Constituição não disciplinava um assunto, como era o caso do aborto, o legislador e o povo de cada Estado tinham o direito de decidir livremente a respeito, adotando a posição que lhes parecesse adequada – TUSHNET, Mark. *A Court Divided* – The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law. New York: W. W. Norton & Co, 2005, p. 204. O entendimento de Scalia acabou predominando no julgamento do caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization,* em 2022.

de livremente escolher fazer um aborto antes da viabilidade fetal, mas admitindo o poder estatal de restringir abortos depois desse momento. Foi mantido o critério do *undue burden*, já mencionado no caso Webster (1989), no sentido de que as restrições legislativas não poderiam colocar um fardo/peso excessivo para as gestantes desejosas de optar por um aborto antes de o feto atingir viabilidade de vida extrauterina[47]. Tal critério abandonou o critério da divisão rígida por trimestres do caso *Roe v. Wade*[48], substituindo-o por uma divisão em apenas dois períodos, sendo o primeiro de 5 meses e o segundo de 4 meses. No primeiro período, que corresponde à ausência de viabilidade de vida extrauterina, cada Estado pode regulamentar moderadamente o aborto.[49] No segundo período, o Estado possui poderes mais amplos, podendo inclusive proibir o aborto.

Finalmente, em junho de 2022, uma composição extremamente conservadora da Suprema Corte reverteu os casos *Roe* e *Casey*, ao julgar o caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization,* por uma maioria de 6 a 3. O caso envolvia uma lei do Estado do Mississipi, que havia proibido o aborto após a 15ª semana de gestação – várias semanas antes do ponto em que um feto seria reconhecido como viável para vida extrauterina -, o que contrariava a *ratio decidendi* dos casos *Wade* e *Casey.* O voto condutor da maioria – embora com vários votos concorrentes e com ressalvas a aspectos pontuais - foi o de *Justice* Alito, repousando no argumento principal de que um direito ao aborto não pode ser encontrado no texto da Constituição. Assim, a questão deveria ser deixada a cada um dos Estados membros, na suposição de que os legisladores estaduais refletiriam a vontade majoritária dos eleitores dos seus

---

[47] NEVES, Emanuela de Oliveira; GOMES, Lucas Sousa. Roe v. Wade, 1973 – Um caso para além da liberdade feminina. In: BECKER, Rodrigo Frantz (Coord.). *Suprema Corte dos Estados Unidos – Casos Históricos.* São Paulo: Almedina, 2022, p. 587.

[48] "...we abandon the trimester framework as a rigid prohibition on all previability regulation aimed at the protection of fetal life", escreveu a maioria. Comentários a esse importante caso encontra-se em JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. *Comparative Constitutional Law.* 2. ed. New York: Foundation Press, 2006, p. 25 a 73, bem como BACH, Tracy Verbete "Medicine and Law". In: HALL, Kermit L. *The Oxford Companion to American Law***.** New York: Oxford University Press, 2002, p. 355; ABRAHAM, Henry J.; PERRY, Barbara A. *Freedom and the Court* – Civil Rights and Liberties in the United States. 7. ed. New York: Oxford University Press, 1998, p. 427/428; e CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law – Principles and Policies.* 5ª ed. New York: Wolters Kluwer, 2015, p. 853.

[49] Afirmou-se que "a woman has a right to choose abortion before viability and to obtain it without undue interference from the state" – sobre esse caso, v. ALDERMAN, Ellen; KENNEDY, Caroline. *The Right to Privacy.* New York: Vintage Books, 1997, p. 63s.

respectivos estados, afirmando que a questão moral do aborto deve ser tratada como uma questão política e não como uma questão judicial.[50]

A questão do aborto na Alemanha passou por duas fases, relacionadas a duas leis federais (1974 e 1992) e a duas decisões do Tribunal Constitucional Federal (1975 e 1993) relacionadas às ditas leis. A primeira fase iniciou com as regras emanadas pelo *Abortion Reform Act,* de 1974, e com a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal em 1975, que, por 6 x 2, declarou inconstitucional a legalização do aborto nas primeiras 12 semanas de gravidez, após a gestante ter sido aconselhada por um médico ou por um centro de aconselhamento autorizado. Esse julgamento baseou-se em vários dispositivos da *Grundgesetz* alemã, com destaque para o art. 1, que consagra o princípio da dignidade humana e obriga toda a autoridade estatal a respeitá-lo e protegê-lo. Invocou-se, também, o direito à vida e à integridade corporal, bem como o direito de toda pessoa ao livre desenvolvimento da sua personalidade. Afirmou-se que as cláusulas constitucionais que protegem a dignidade humana e o direito à vida não abrangem apenas a vida no interior do útero materno, mas também impõe ao Estado "a solene obrigação de proteger e viabilizar aquela vida". Tal dever do Estado em proteger o feto durante toda a gravidez superaria a vontade da mãe, em caso de ponderação de interesses, segundo aquela Corte. Afirmou-se, também, que seres humanos são inerentemente relacionais e, portanto, dependem da proteção da comunidade *antes* e depois do nascimento e que o Estado tem o dever positivo de proteger a vida dos nascituros de qualquer interferência de outra pessoa que pudesse colocá-la em perigo. A vida humana, prosseguiu a Corte, é o pré-requisito para todos os demais direitos fundamentais. Também foi dito que a lei deveria de forma inequívoca afirmar que o aborto é algo ilícito, não podendo o Estado ser neutro a esse aspecto[51]. O Tribunal Constitucional

[50] Sobre esse caso, v. FORTES, Pedro. Presente e futuro dos direitos reprodutivos: Os termos do julgamento de Dobbs v. Jackson Women's Health Organization. *Migalhas.* Direito Privado no Common Law. 21/11/2022. Disponível em https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-privado-no-common-law/377275/julgamento-de-dobbs-v-jackson-women-s-health-organization. Acesso em: 03.03.2023; e New Yort Times. The Dobbs v. Jackson Decision, Annotated. June 24, 2022. Disponível em https://www.nytimes.com/interactive/2022/06/24/us/politics/supreme-court-dobbs-jackson-analysis-roe-wade.html. Acesso em 03/03/2023.

[51] Uma reprodução integral, em inglês, desse primeiro julgamento do BVerfG, foi publicada no *9 The John Marshall Journal of Practice and Procedure* 605-84 (1976), bem como em JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. *Comparative Constitutional Law.* 2. ed. New York: Foundation Press, 2006, p. 110-129. O segundo julgamento da Corte Constitucional alemã, em 1993, pode ser encontrado em inglês

Federal alemão não hesitou em definir quando a vida começa. Afirmou-se que, de acordo com o assentado conhecimento biológico-fisiológico, a vida começa a partir do 14º dia da concepção.

Na mesma época, o aborto era permitido, a critério da gestante, na Alemanha oriental[52]. Quando as duas Alemanhas se reunificaram, constou do Tratado de Unificação que seria feita uma nova lei para harmonizar tanto quanto possível as duas posições conflitantes. Essa nova lei, fruto de grande trabalho legislativo para harmonizar as divergências e superar as grandes pressões dos grupos comunitários interessados, foi editada em 1992 – Lei de Assistência à Família e à Gravidez, que permitiu o aborto durante as primeiras 12 semanas de gestação, desde que realizado por médico autorizado, com o consentimento da gestante, após aconselhamento[53] e certificação, após um período de três dias de reflexão.

Como já tinha ocorrido com a edição da lei de 1974, tão logo editada a lei permissiva do aborto, alguns Estados alemães que eram redutos eleitorais do Partido Democrático Cristão e inúmeros parlamentares ajuizaram uma ação direta de inconstitucionalidade junto ao Tribunal Constitucional Federal, que em 1993 proferiu outra importante decisão, novamente reconhecendo a inconstitucionalidade parcial e limitada da lei. E então se inicia a segunda fase do estado da arte no direito alemão. O Tribunal reportou-se aos fundamentos da decisão anterior e reiterou que o aborto não pode jamais ser justificado e que deve, em princípio, ser definido como ilegal em

---

em NEUMAN, Gerald L. Casey in the Mirror: Abortion, Abuse and the Right to Protection in the United States and Germany. In: *43 American Journal of Comparative Law 273 (1995),* e em JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. *Comparative Constitutional Law.* 2. ed. New York: Foundation Press, 2006, p. 130-137. Ambos os casos estão igualmente reproduzidos, em inglês, em KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany.* Third ed., rev. and exp. Durham and London: Duke University Press, 2012, p. 374-394

[52] Uma lei de 1972, da então República Democrática Alemã, declarava que "a igualdade de direitos da mulher, na educação e na profissão, no matrimônio e na família, exige a possibilidade da mulher decidir por si só sobre sua gravidez e de como levá-la a termo." Em razão disso, lhe foi reconhecido "o direito de decidir, sob sua própria responsabilidade, sobre a interrupção de uma gestação", até a 12ª semana, sob cuidados médicos, numa instituição obstétrica-ginecológica – para uma comparação entre a situação das duas Alemanhas quanto ao aborto e a tentativa de harmonizar os entendimentos após a reunificação alemã, v. DENNINGER, Ehrard. Interruzione di gravidanza e eutanasia precoce: osservazione etico-giuridiche. In: RODOTÀ, Stefano (org.) *Questioni di bioetica.* Bari: Laterza, 1997, p. 342/360, esp. p. 342/343.

[53] Os médicos/conselheiros deveriam fornecer à gestante detalhadas informações médicas, sociais e legais, incluindo informações sobre a disponibilidade de assistência prática para aliviar os inconvenientes ligados à criação de um filho pequeno. O escritório de aconselhamento era obrigado a manter um fichário do ocorrido em cada sessão, embora com preservação do anonimato da gestante.

qualquer estágio da gravidez. Mas admitiu que um ato ilegal não necessariamente precisa ser punido, se circunstâncias extremas e devidamente comprovadas demonstrarem baixa culpabilidade dos envolvidos no aborto. Com base nessa premissa, admitiu que o aborto não fosse punido dentro do primeiro semestre da gestação, se o parlamento adotasse um esquema regulatório que "efetiva e eficientemente" procurasse preservar a vida do nascituro. Tal esquema deveria conter um aconselhamento claramente "pró-vida", respaldado por um generoso suporte público, incluindo garantias que mulheres e mães não sofreriam desvantagens no mercado de trabalho nem seriam afetadas por dificuldades financeiras ligadas à gravidez ou ao nascimento de um filho. Tais medidas deveriam ser adotadas para encorajar mulheres a levarem a termo suas gestações. Mas, se mesmo após todas essas medidas, a gestante continuasse insistindo no aborto, naquelas primeiras doze semanas de gestação, então deveria ser emitido um certificado autorizando o aborto, desde que o médico encarregado de o fazer não fosse o mesmo que participou do aconselhamento.

Comparando a situação alemã com a norte-americana, diz Kommers [54] [escrevendo em período anterior à recente revogação do caso *Roe v. Wade* pela Suprema Corte norte-americana] que ambos os países adotavam posicionamentos assemelhados, após a decisão dos casos *Casey* e *Gonzales*[55], nos Estados Unidos, e após a segunda decisão sobre o aborto, de 1993, na Alemanha, com a diferença que a Alemanha protege mais intensamente o feto na fase anterior à viabilidade vital. Paradoxalmente, porém, na prática era mais fácil implementar o aborto no primeiro trimestre, com apoio estatal, observados os requisitos fixados na lei de 1992, na Alemanha, do que nos Estados Unidos. Já no segundo trimestre de gravidez, o aborto

---

[54] KOMMERS, Donald P. Autonomy, dignity and abortion. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (ed.). *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham/UK: Edward Elgar, 2011, p 454.

[55] Trata-se do caso *Gonzales v. Carhart; Gonzales v. Planned Parenthood Federation of America* (2007), em que, por apertada maioria de 5x4, a Corte sustentou a constitucionalidade da lei federal denominada *Partial-Birth Abortion Ban Act of 2003*. O caso envolvia lei que em duas tentativas anteriores fora vetada pelo Presidente Clinton. Uma terceira tentativa foi sancionada pelo Presidente Bush e posteriormente questionada judicialmente, dando origem ao caso. A lei incriminava abortos realizados no segundo trimestre da gravidez que resultassem em extração do feto intacto ou quase intacto – sobre esse caso, v. KERSCH, Ken I. Verbete "Gonzales v. Carhart; Gonzales v. Planned Parenthood Federation of America". In: HALL, Kermit L.; ELY JR., James W. (ed.) *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*. Second Edition. New York: Oxford University Press, 2009, p. 126.

é proibido na Alemanha, salvo na presença de circunstâncias excepcionais. Em outro estudo, Kommers[56] chamou a atenção para o fato de que, enquanto nos Estados Unidos a Suprema Corte derrubara a legislação que criminalizava o aborto, em nome da autonomia da mulher, na Alemanha a Corte Constitucional havia derrubado a legislação que legalizava o aborto, em nome da proteção da vida do nascituro.

A Itália descriminalizou o aborto em 1978 (Lei 194/1978). Embora a lei tenha sido aprovada por escassa maioria (52% dos votos na Câmara e 51% dos votos no Senado), dois anos depois a lei foi submetida a referendo ab-rogatório, tendo sido confirmada por 68% dos italianos.[57]

Todavia, passados mais de quarenta anos, os defensores dessa política alegam inexistir muitos motivos para celebrar, pois a lei é fortemente descumprida, já que o aborto só pode ser realizado por médicos e boa parte destes se recusa a realizar o procedimento, arguindo 'objeção de consciência". Na Região de Molise, por exemplo, 96,4% dos médicos são objetores de consciência, o que torna virtualmente impossível conseguir abortar. A nível nacional, a objeção de consciência é arguida por 68,4% dos ginecologistas, 45,6% dos anestesistas e 38,9% do pessoal não médico (enfermagem, por exemplo). No hospital da Universidade de Roma, que conta com 60 ginecologistas e obstetras no seu quadro, apenas dois concordam em realizar abortos. E o número é crescente, pois em 2005 o percentual de ginecologistas que invocavam a objeção de consciência era de 59%.[58] Dentre as estruturas hospitalares, somente 64% admite a utilização das suas instalações para a realização de aborto.

Dados nacionais italianos indicam que, em razão dessas dificuldades práticas, o aborto vem diminuindo na Itália desde 1983. Em 1982 foi o pico, com 234.801 casos de aborto. Em 2017 foram registrados 80.733 abortos voluntários, 4,9% menos do

---

[56] KOMMERS, Donald P. Abortion and the Constitution: United States and West Germany. In: *25 American Journal of Comparative Law 255,* 276-85 (1977).

[57] BERLINGUER, Giovanni. *Bioética cotidiana.* Trad. de Lavínia B. A. Porciúncula. Brasília: Editora UNB, 2004, p. 46.

[58] "Abortion is legal in Italy, but most doctors refuse to perform them", disponível em https://www.pri.org/stories/2018-12-18/abortion-legal-italy-most-doctors-refuse-perform-them, acesso em 14/07/2019.

que no ano anterior. Mas todos alertam que essas dificuldades só fizeram aumentar os abortos clandestinos, que não entram nas estatísticas.[59]

Quando chamada a se pronunciar sobre a lei italiana, a Corte Constitucional referiu que não há dúvidas de que "a tutela do nascituro tem fundamento constitucional", mas ressaltou que "*non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute próprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare*"[60].[61] A decisão da Corte Constitucional, proferida em 31/03/1988 (n. 389), reconheceu a constitucionalidade da lei italiana sobre o aborto, referindo que "não reconhece relevância à vontade do pai, marido da mulher que pede para interromper a gravidez", por entender que a *ratio* da lei foi fruto de uma escolha político-legislativa, infensa à crítica jurisdicional, no sentido de reconhecer que a mulher é a única responsável pela decisão de interromper ou não a gravidez. Uma década depois, investida do conhecimento de outro caso enquadrável na lei sobre aborto, a Corte Constitucional (sent. n. 35/1997) referiu que "o balanceamento dos direitos fundamentais [da mãe e do filho], quando ambos estejam expostos a perigo", deve ser resolvido no sentido da salvaguarda da vida e da saúde da mãe.[62]

O próximo tópico abordará a situação de outros países, além dos quatro acima tratados. A abordagem será mais superficial, apenas para informar a situação mais atual dos países mencionados.

---

[59] Sobre esses dados, v. PIZZIMENTI, Chiara. *Aborto, le minacce al diritto delle donne in Italia e nel mondo.* Disponível em https://www.vanityfair.it/news/diritti/2019/05/25/aborto-le-minacce-al-diritto-delle-donne-in-italia-e-nel-mondo, acesso em 14/07/2019.

[60] Em tradução livre: "não há equivalência entre o direito não só à vida, mas também à saúde, de quem já é pessoa, como a mãe, e a proteção do embrião, que ainda não se tornou uma pessoa" - Sobre a situação italiana, com menção a decisões da Corte Constitucional, v. ZAGREBELSKY, Vladimiro; CHENA, Roberto; TOMASI, Laura. *Manuale dei diritti fondamentali in Europa.* Bologna: Il Mulino, 2016, p. 253.

[61] Sobre questões bioéticas relacionadas ao aborto, na doutrina italiana, v. BALDINI, Gianni; CASSANO, Giuseppe. *Persona, biotecnologie e procriazione.* Rozzano: IPSOA, 2002, p. 6, 33, 34, 43, 44, 46, 61, 69, 110 e 133.

[62] BUSNELLI, Francesco Donato. De quem é o corpo que nasce? Do dogma jurídico da propriedade à perspectiva bioética da responsabilidade. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e Responsabilidade.* Rio de Janeiro: Gen/Ed. Forense, 2009, p. 358.

5 A questão jurídica do aborto em outros países

Em 1987, a comparatista Mary Ann Glendon publicou livro analisando a situação do aborto em vinte países. Identificou Irlanda como o país com maiores restrições ao aborto, naquele período, ao passo que os Estados Unidos eram o país mais liberal. Cinco países permitiam o aborto na fase inicial da gravidez, mas o limitavam severamente nas fases posteriores. Vários países somente admitiam o chamado divórcio "*for cause*", ou seja, com invocação de motivos justificadores – alguns exigindo motivação forte (como risco de morte), outros admitindo motivações mais singelas. Já outros países só admitiam o aborto se houvesse indicações médicas, criminais ou genéticas.[63]. Passados vinte anos, Kommers referiu que de lá para cá a maioria dos países alterou sua legislação ou jurisprudência no sentido de liberalizar o aborto, por opção da gestante, na fase inicial da gravidez, fazendo a balança pender em favor da autodeterminação da gestante[64]. No mesmo sentido foi a conclusão da professora Reva Siegel, em outro estudo comparativo mais recente sobre o tema.[65] Os Estados Unidos recentemente enveredou em direção oposta a dos demais países, como visto acima.

Em dois terços de 195 países analisados em relatório da ONU, a interrupção da gravidez só é permitida quando a saúde física ou psíquica da mulher estiver ameaçada. Na metade desses países, o aborto é permitido quando a gestação é resultado de estupro ou incesto, ou se é comprovado que o feto possui alguma malformação que possa colocar sua vida em risco. Somente um terço desses países leva em consideração a situação econômica ou social da mãe para permitir um aborto.[66]

[63] GLENDON, Mary Ann. *Abortion and Divorce in Western Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 13-24.
[64] KOMMERS, Donald P. Autonomy, dignity and abortion. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (ed.). *Comparative Constitutional Law.* Cheltenham/UK: Edward Elgar, 2011, p. 454.
[65] SIEGEL, Reva B. The Constitutionalization of Abortion. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law.* Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1058 e 1060.
[66] De acordo com reportagem da agência de notícias *Deutsche Welle,* disponível em https://www.dw.com/pt-br/a-legislação-sobre-aborto-no-mundo/a-41414071, divulgada em 16/11/2017, espelhando, assim, a situação existente nesta data. Alterações pontuais de lá para cá serão indicadas pontualmente, quando conhecidas. Acesso em 13/07/2019. Salvo quando houver indicação em contrário, as informações que seguem no texto foram extraídas dessa reportagem, bem

El Salvador, Nicarágua, República Dominicana, Malta e Vaticano adotam legislações que proíbem, de forma absoluta, o aborto.

Na maioria dos demais países, o aborto é permitido em algumas situações, como ocorre, exemplificativamente, nos seguintes países:

Áustria: o aborto veio a ser legalizado em 1975, podendo ser realizado por decisão da mulher, até a 16ª semana de gestação, devendo a gestante ser previamente aconselhada por um médico. Depois desse período, o aborto só é permitido em casos de risco à saúde psicofísica da gestante, se o feto apresentar alguma deficiência grave ou se a gestante for menor de 14 anos.

França: O aborto foi legalizado em 1975[67], após mobilização da sociedade civil, sendo admitido por opção da gestante até a 10ª semana de gestação, mediante algumas condições. Dentre elas, a exigência de que a gestante deveria obter aconselhamento médico e se submeter a uma entrevista com um agente governamental que escutaria suas razões e tentaria ver, com ela, opções para levar a gestação a termo. Também foi previsto um período de reflexão, de oito dias, desde o requerimento inicial e de dois dias após a referida entrevista.[68] Todavia, mesmo após a 10ª semana de gestação o aborto poderia ser excepcionalmente admitido, desde que (1) a saúde da gestante estivesse em perigo ou (2) se exames evidenciassem que o feto fosse portador de alguma anomalia ou de uma doença grave.[69] Alteração legislativa de 2001 ampliou o aborto, por opção da gestante, até a 12ª semana de gestação. Neste mesmo ano, houve outras alterações importantes na legislação relativa à interrupção da gravidez, como o fim da obrigatoriedade de

---

como de DABUS MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. *Curso de Bioética e Biodireito.* 4ª ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 269 e seguintes.

[67] Na Assembleia Nacional (equivalente, *grosso modo*, à nossa Câmara de Deputados), a lei foi aprovada por uma maioria de 284 votos contra 189, após 25 horas de intenso debate. No Senado, a aprovação foi por 184 votos contra 90. Parlamentares que haviam ficado vencidos na arena legislativa, acionaram o *Conseil Constitutionnel* francês, pretendendo a declaração da inconstitucionalidade da referida Lei. O Conselho, porém, através da *Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975*, sobre a "*Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse* » afirmou que referida norma não contrariava a constituição francesa. O acórdão está disponível em https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1975/7454DC.htm, acesso em 20/07/2019.

[68] Todavia, "os primeiros tempos da lei foram dificilíssimos. Por não serem acolhidas no hospital, as mulheres ainda foram obrigadas a abortar na clandestinidade nos primeiros meses de 1975" - VEIL, Simone. *Uma lei para a história.* A legalização do aborto na França. Trad. de Julia Vidile. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018, p. 62.

[69] JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. *Comparative Constitutional Law.* 2. ed. New York: Foundation Press, 2006, p. 137, n.r. "j."

autorização dos pais para gestantes menores de idade, em quaisquer casos de aborto, bastando que ela estivesse assistido por um adulto de sua confiança. Em 2011, nova reforma legislativa dilatou o período em que admissível o aborto, até a 14ª semana. A seguridade social francesa atende cerca de 70% dos abortos voluntários.

A **Holanda** é um dos países com menor nível de abortos do mundo, mas não em razão de uma legislação restritiva, pois a interrupção da gravidez legalmente pode ser feita até a 22ª semana de gestação por livre decisão da mulher. A política de educação sexual e o fácil acesso a métodos contraceptivos são considerados motivos para esse baixo número, experiência essa que claramente indica o melhor caminho a seguir, já que ao mesmo tempo se protege a autonomia da gestante para decidir questões de crucial importância para sua vida, sem aumentar o número de abortos, que todos querem evitar.

Situação semelhante ocorre em **Portugal,** onde o aborto foi legalizado em 1984 em casos de risco à vida da mulher, malformação fetal ou estupro. A interrupção da gravidez por opção da mulher só foi permitida em 2007, após um referendo nacional, limitada porém, até a 10ª semana de gestação[70], por livre vontade da mulher. A gestante pode realizar o procedimento no Serviço Nacional de Saúde ou em estabelecimentos privados de saúde autorizados. A Lei n.º 16, de 17/04/2007, exige um período mínimo de reflexão de três dias, garantindo-se à gestante "a disponibilidade de acompanhamento psicológico durante o período de reflexão". Em alguns casos, o aborto pode ser permitido até mesmo em períodos mais avançados da gestação: até às 16 semanas, em caso de violação ou crime sexual; até às 24 semanas, em caso de malformação do feto; em qualquer momento, em caso de risco para a grávida ("perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida") ou no caso de fetos inviáveis. As mulheres têm direito a licença do seu trabalho por um mínimo de 14 dias e um máximo de 30 dias após o aborto, voluntário ou espontâneo. Embora tenha aumentado o número de abortos voluntários após a aprovação da lei de 2007, o

[70] A nova lei foi questionada judicialmente, vindo o Tribunal Constitucional a validá-la através do acórdão n. 75/2010 (processos n. 733/07 e 1186/07), de 26/03/2010 – disponível em: http://w3.tribunalconstitucional.pt/acordaos/acordaos10/1-100/750.htm, acesso em 20/07/2019.

número vem diminuindo nos últimos anos, sendo Portugal um dos países europeus com mais baixo número de abortos voluntários por cada mil gestações.

Na **Espanha**[71], a legislação de regência vem sofrendo alterações nos últimos 40 anos. O aborto foi legalmente autorizado em 1985, mas restrito a três hipóteses: risco à saúde psicofísica da mulher, estupro e malformação do feto. Em 2010[72], porém, mudança da legislação admitiu o procedimento por decisão da mulher, após aconselhamento, até a 14ª semana. O prazo podia ser estendido até a 22ª semana de gestação, quando houvesse comprometimento da vida ou a saúde da gestante ou se fosse constatada malformação no feto, desde que certificada por dois médicos. Após esse período, o aborto ficava condicionado à anomalia fetal que significasse risco à vida ou quando o feto sofresse de doença grave e incurável, ambas as hipóteses evidenciadas por laudos de uma junta médica. Em 2015, alteração legislativa determinou que menores de idade, para abortar, necessitavam da autorização dos pais para a intervenção. Em fevereiro de 2023, porém, nova lei foi aprovada, permitindo a menores de idade interromper uma gravidez sem necessidade de autorização de seus pais, sem a obrigação de apresentar laudos médicos ou psicológicos, eliminando-se, também, a obrigatoriedade de se informar as gestantes sobre os benefícios da maternidade, bem como o prazo de reflexão de três dias antes de abortar.[73]

A jurisprudência da **Corte Europeia de Direitos Humanos** é hesitante a respeito do tema, afirmando que o aborto nem é proibido, nem autorizado, pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, não tomando uma posição a respeito de quando a vida começa a ser protegida pelo Direito. Seus acórdãos mais importantes sobre o tema são *Vo c/ France* (julgado pela Grande Chambre em 08/07/2004[74]), *Tysiac c/*

---

[71] Sobre a situação do aborto na Espanha, v. SIEGEL, Reva B. The Constitutionalization of Abortion. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law.* Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1076/1077.

[72] Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

[73] GAZETA DO POVO. Espanha aprova aborto e mudança de sexo sem restrições a partir dos 16 anos. Publicado em 16.02.2023. Disponível em https://www.gazetadopovo.com.br/mundo/espanha-aborto-mudanca-sexo-16-anos/. Acesso em 16/08/2023.

[74] No caso *Vo c/ France* ponderou-se que, contrariamente ao art. 4 da Convenção Americana dos Direitos do Homem, que enuncia que o direito à vida privada deve ser protegido "a partir da concepção", o art. 2º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem é silencioso sobre os limites temporais do direito à vida e, particularmente, não define quem é a "pessoa" cuja vida é protegida pela

Pologne (julgado em 20/03/2007), *A. B. et C. c/ Irlande* (julgado pela Grande Chambre em 16/12/2010) e *Parillo c/ Italie* (julgado pela Grande Chambre em 27/08/2015). A tônica desses acórdãos é no sentido de que o direito da gestante deve ser analisado conjuntamente com os direitos do nascituro.[75]

Países asiáticos apresentam-se como mais liberais relativamente ao aborto, se olharmos para as experiências da Rússia, China e Coreia do Sul, embora por razões distintas.

A **Rússia** foi o primeiro país do mundo a permitir o aborto por livre vontade da gestante, já em 1920. Todavia, isso mudou em 1936, quando passou a ser proibido, embora voltando a ser permitido em 1954, até a 12ª semana. O aborto é amplamente aceito como uma estratégia de controle de natalidade, tanto que aquele país ostenta estatísticas que o colocam entre os de maior quantidade de interrupções voluntárias da gravidez por ano: cerca de 1 milhão de abortos voluntários.

Por razões peculiares à **China** e sua enorme população, o aborto pode ser livremente praticado. Entre o fim dos anos 1970 e 2015, durante a chamada política do filho único, estima-se terem sido realizados perto de de 350 milhões de abortos. Diante dos efeitos de tal política – envelhecimento da população e queda na taxa de natalidade, tal política foi flexibilidade, podendo os casais atualmente terem no máximo dois filhos, o que consequentemente também diminuiu as taxas de aborto.

Em abril de 2017, o Tribunal Constitucional da **Coreia do Sul** proclamou a inconstitucionalidade da rigorosa lei de 1953 que criminalizava o aborto, pois violava direitos fundamentais das mulheres. A lei punia as mulheres com penas de até um ano de prisão, além de multa, ao passo que os médicos que fizessem o procedimento podiam ser presos por até dois anos. "A proibição ao aborto limita os direitos das mulheres de perseguir seus próprios destinos e viola seus direitos à saúde ao

---

Convenção. Referiu-se que até aquele momento, a C.E.D.H. não havia ainda decidido quando começa o direito à vida (item 75 da decisão) – acórdão disponível em: https://juricaf.org/arret/CONSEILDELEUROPE-COUREUROPEENNEDESDROITSDELHOMME-20040708-5392400, acesso em 20/07/2019. Sobre esse caso e genericamente sobre "le droit au respect de la vie", v. SUDRE, Frédéric ; MARGUÉNAUD, Jean-Pierre; ANDRIANTSIMBAZOVINA, Jöel ; GOUTTENOIRE, Adeline ; LEVINET, Michel. *Les grands arrêts de la Cour Européene des Droits de l'Homme.* 6e éd. mise a jour. Paris : Thémis/Presses Universitaires de France, 2011, p. 113/122.

[75] Sobre a questão do aborto na jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos Humanos, v. BIOY, Xavier; BURGORGUE-LARSEN, Laurence; DEUMIER, Pascale; DREYER, Emmanuel; DUPRÉ DE VOULOIS, Xavier ; MARTINON, Arnaud ; TINIÈRE, Romain. *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales.* Paris : Dalloz, 2017, p. 94/95.

restringir seu acesso a procedimentos seguros e pontuais", afirmou o Tribunal Constitucional. E prosseguiu dizendo que como "os embriões dependem completamente do corpo da mãe para sua sobrevivência e desenvolvimento, não se pode concluir que sejam seres vivos separados, independentes, que têm o direito à vida."[76]

Na América do Norte, quando o **Canadá** iniciou seu processo de lenta independência da Inglaterra, com a edição do *British North America Act of 1867,* foi mantida, como legislação igualmente aplicável ao Canadá, a legislação britânica até então vigente. Como parte desse legado, recepcionou-se, portanto, a *Offenses Against the Person Act,* lei britânica de 1861, que proibia completamente o aborto, mesmo para salvar a vida da mãe, sob pena de prisão perpétua. Essa lei vigorou no Canadá até 1969, quando foi substituída pela nova *section 251* do Código Criminal. O aborto continuou sendo considerado crime (pelo qual quem realizasse o aborto em outrem poderia sofrer pena de prisão perpétua – *section 251(1)*), mas a lei abriu uma exceção: a gestante poderia se submeter ao "*therapeutic abortion committee*", uma comissão composta por três médicos, indicados pelo hospital, que poderia autorizar o aborto se "*the continuation of the pregnancy of such female person would or would be likely to endanger her life or health*". Em 1982 o Canadá promulgou sua *Charter of Rights and Freedoms,* disciplinando e garantindo, pela primeira vez, em nível constitucional, os direitos individuais, contemplando a possibilidade de um controle de constitucionalidade de leis que afetassem tais direitos. Com base nesses dispositivos constitucionais, Henry Morgentaler, médico que defendia a causa do aborto, desafiou a constitucionalidade da restritiva legislação penal canadense, dando origem ao caso *Morgentaler, Smoling and Scott v. The Queen,* julgado pela *Supreme Court of Canada* em 1988, no qual, por maioria, a Corte declarou a inconstitucionalidade da *section 251(1)* do Código Criminal canadense, descriminalizando, assim, a prática do aborto.[77]

---

[76] Informações disponíveis em https://www.dw.com/pt-br/coreia-do-sul-retira-proibição-ao-aborto/a-48286243, acesso em 12/07/2019.

[77] A reprodução desse importante julgamento, com comentários finais, encontra-se em JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. *Comparative Constitutional Law.* 2. ed. New York: Foundation Press, 2006, p. 74-110.

O movimento de liberalização do aborto tem progredido também na América Latina, onde, seja por iniciativa legislativa, seja por interpretação constitucional, paulatinamente vêm sendo eliminadas as barreiras legais para o aborto. Atualmente vários países latino-americanos admitem o aborto em condições mais liberais – *Cuba*, desde os anos oitenta, *Uruguai*, desde 2012, *Argentina*, desde 2020, Guiana, Guiana Francesa, Colômbia. O Brasil vem se posicionando nessa área também, por força de interpretação constitucional do Supremo Tribunal Federal. Paraguai, Venezuela, Guatemala, Peru e Costa Rica têm algumas das leis mais restritivas e só descriminalizam o aborto no caso da vida ou a saúde da gestante estar em risco.

A **Colômbia** tinha uma das legislações mais restritivas, não admitindo aborto nem mesmo quando a gestação fosse fruto de estupro. Em decisões mais antigas, a Corte Constitucional daquele país adotara postura conservadora, afirmando a constitucionalidade de tal legislação (decisões C-133, de 1994 e C-013, de 1997). Posteriormente, flexibilizou tal posição, reconhecendo a possibilidade do aborto em situações de gestação derivada de estupro, incesto ou em caso de má formação do feto (decisão C-647, de 2001). Em 2006 (decisão C-355), manteve essas duas exceções e acrescentou mais a hipótese de a gravidez oferecer risco para a vida da gestante.[78]

Recentemente, porém, aquela notável Corte Constitucional, geralmente caracterizada por sua jurisprudência vanguardista, também quanto a esse tema adotou uma postura liberal, pois em fevereiro de 2022 aquela Corte proferiu histórica decisão, entendendo que o aborto realizado até as 24 semanas de gestação não poderia ser punido. A Corte Constitucional ordenou que os poderes políticos elaborassem e implementassem no "termo mais curto possível" uma "política pública abrangente" regulamentando o aborto realizado até as 24 semanas de gestação.[79]

A **Argentina** só admitia o aborto (artigo 86 do Código Penal) se a vida ou a saúde da mulher estivessem em risco, ou se a gestação derivasse de estupro ou

[78] Sobre essa jurisprudência, v. Daniel Capecchi Nunes. Corte Constitucional da Colômbia: os cem anos de solidão da jurisdição constitucional. In: Brandão, Rodrigo (org.). *Cortes Constitucionais e Supremas Cortes*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 142.

[79] Informações sobre essa última decisão encontram-se em BBC. "*Aborto na Colômbia*: a 'onda verde' que está descriminalizando interrupção da gravidez na América Latina." 06.03.2022. Disponível em https://www.bbc.com/portuguese/internacional-60501587. Acesso em 03.08.2023.

atentado ao pudor cometido contra uma mulher com deficiência intelectual. Todavia, em julgamento proferido em 2012, a Corte Suprema argentina decidiu que a interrupção da gravidez seria admitida se decorresse de violência contra qualquer vítima, e não só aquelas portadoras de deficiência mental. Em dezembro de 2020, porém, o legislador interveio e legalizou o aborto até a 14ª semana de gravidez, garantido o acesso ao procedimento pelo sistema público e gratuito de saúde. Menores de 13 anos podem ter acesso ao aborto, desde que acompanhadas de pelo menos um dos genitores. Adolescentes entre 13 e 16 anos só precisarão de autorização se o procedimento comprometer sua saúde. A partir dos 16 anos, a gestante pode decidir por conta própria. A nova legislação admite a objeção de consciência dos médicos que não queiram participar do aborto, desde que encaminhem rapidamente as pacientes para outros profissionais que realizem o procedimento.[80]

Em 2012, o **Uruguai** aprovou lei descriminalizando o aborto, por livre iniciativa da gestante, até a 12ª semana de gestação. O prazo se amplia até a 14ª semana, se a gravidez tiver resultado de estupro. Dados estatísticos apontam para uma substancial redução da mortalidade de gestantes após a alteração da legislação.

O **México** é uma federação inspirada no federalismo norte-americano, com grande autonomia normativa concedida aos Estados-membros, inclusive para questões penais. Não havia uniformidade quanto ao enquadramento jurídico do aborto em seus 32 Estados, dos quais apenas dez haviam autorizado o aborto, mediante legislação introduzida nos últimos vinte anos, até um certo período da gravidez. Na maioria dos demais, o aborto era penalmente punido, salvo quando a gestação acarretava risco para a saúde da mãe, ou diante de malformações do feto, ou gestações derivadas de estupro. Todavia, ao longo do tempo, algumas decisões da Suprema Corte daquele país foram considerando inconstitucionais algumas leis estaduais mais restritivas. Decisão importante nesse sentido já fora tomada em setembro de 2021, envolvendo o Estado de Coahuila, e agora, em 6 de setembro de 2023, aquele Tribunal, pela sua Primeira Turma, reconheceu a "inconstitucionalidade

---

[80] BBC. "*Argentina aprova legalização do aborto*: em que países da América Latina o procedimento já é legal." 30 dezembro 2020. Disponível em https://www.bbc.com/portuguese/geral-55476576. Acesso em 03.08.2023.

do sistema jurídico que pune o aborto no Código Penal", acarretando, na prática, a impossibilidade de punição de gestantes que interromperem voluntariamente sua gravidez. A ação fora movida contra a legislação do Estado de Aguascalientes, mas a decisão foi estendida para todo o território nacional.[81]

A seguir, sucintamente será exposta a situação no Brasil.

6 A questão juridica do aborto no Brasil

Do ponto de vista puramente legislativo, o Brasil integra o rol de países que prevê severas restrições ao aborto, pois segundo os artigos 124 a 128 do Código Penal, de 1940, o aborto só é permitido quando há risco de morte para a gestante (aborto *terapêutico*), ou quando a gravidez resulta de estupro (aborto *sentimental* ou *humanitário*). Segundo a letra fria do Código Penal, não haveria espaço para os abortos chamados *eugênico* (quando o feto apresentasse graves e irreversíveis defeitos genéticos), *econômico/social* (quando a gestante opta pelo aborto por não dispor de condições socioeconômicas para criar o filho) e o chamado *honoris causa* (aquele realizado para ocultar 'desonra', como gravidez de amante).

Seguindo a tendência mundial que se manifestou a partir dos anos setenta, que ecoou por aqui nos anos oitenta, "o movimento feminismo ampliou o debate sobre sexualidade, reprodução, aborto, contracepção, sempre sob o viés da autonomia das mulheres em relação ao seu próprio corpo, à vivência plena de sua sexualidade, à livre opção pela maternidade". Já em 1983 foi apresentado projeto de lei que buscava ampliar o direito ao aborto legal, seguido de outros, todos derrotados na arena parlamentar, dominado, especialmente neste particular, por forças conservadoras, embora, durante a Constituinte, o movimento feminista tenha

---

[81] Informações sobre a situação mexicana obtidas em BBC. "Justiça do México descriminaliza aborto: o que acontece agora?". Disponível em https://www.bbc.com/portuguese/articles/c3gl75ez5q0o, 6 setembro 2023. Acesso em 10/09/2023; e BARRAGÁN, Almudena; BREÑA, Carmen Morán. "México descriminaliza o aborto após decisão judicial histórica". Disponível em: https://brasil.elpais.com/internacional/2021-09-07/mexico-descriminaliza-o-aborto-apos-decisao-judicial-historica.html. 07/09/2021. Acesso em 10/09/2023.

conseguido derrotar a proposta de inserção, no texto constitucional, da proteção da vida desde a concepção.[82]

Diante da dificuldade de debater o tema em um congresso conservador – que não necessariamente representa o sentimento médio da sociedade – a discussão mudou de arena e passou a ser apreciada pelo Judiciário, a partir de interpretações constitucionais. Assim, em 2012, o Supremo Tribunal Federal (na ADPF n. 54) acrescentou mais uma exceção à criminalização do aborto, admitindo-o quando o feto é anencéfalo, sob o argumento de que a "antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico" não se enquadrava na moldura do crime de aborto[83]. [84] [85]

---

[82] CAMURÇA, Silvia. Posfácio: Simone Veil, o argumento definitivo. In: VEIL, Simone. *Uma lei para a história.* A legalização do aborto na França. Trad. de Julia Vidile. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018, p. 87/88.

[83] O caso foi patrocinado pelo então advogado, hoje Ministro do STF, Luis Roberto Barroso. Ele assim colocou a questão: "o feto anencefálico forma-se no útero da mãe sem os hemisférios cerebrais e sem o córtex, não tendo qualquer possibilidade de vida extra-uterina. O diagnóstico é feito normalmente no terceiro mês de gravidez. A questão em debate é a seguinte: pode a gestante ser autorizada a abreviar o desfecho inevitável, procedendo à antecipação do parto? (...) Registre-se: há certeza plena no diagnóstico e a morte ocorre, ainda no útero ou pouco após a cesárea, em 100% dos casos. Para essa mulher, o parto não será um momento de celebração da vida, mas um ritual de morte, com obrigação de registrar o óbito e providenciar o enterro" – BARROSO, Luis Roberto. STF e anencefalia: nada foi decidido. In: *Anencefalia nos Tribunais*. BARROSO, Luis Roberto e outros. Ribeirão Preto: Migalhas e Faculdades COC, 2009, p. 27.

[84] A questão da comprovação da anencefalia foi objeto da Resolução CFM n. 1.989, de 10/05/2012, dispondo sobre o "diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto", prevendo que o diagnóstico da anencefalia é feito por meio de exame ultrassonográfico, a partir da 12ª semana de gestação, devendo conter: I – duas fotografias, identificadas e datadas: uma com a face do feto em posição sagital; a outra, com a visualização do polo cefálico no corte transversal, demonstrando a ausência da calota craniana e de parênquima cerebral identificável; II – laudo assinado por dois médicos, capacitados para tal diagnóstico".

[85] A *ratio* adotada no acórdão que resultou na descriminalização do aborto motivado pela anencefalia já foi invocada para autorizar outros abortos em circunstâncias assemelhadas. Foi o que ocorreu, por exemplo, em 2014, quando o TJSP julgou o Mandado de Segurança n. 2029986-77.2014.8.26.0000, impetrado contra decisão do magistrado de 1º grau que havia negado pedido de interrupção de gravidez de um feto diagnosticado com a síndrome de Edwards. Essa síndrome indica a presença de uma malformação fetal, que leva à morte prematura em cerca de 50% dos casos, diante da inviabilidade da vida extrauterina. Nos casos de sobrevivência por período um pouco mais longo, a criança apresenta crânio disfórmico, micrognatia, pés tortos, orelhas baixas, deformidades dos membros inferiores e superiores, doença cardíaca congênita, fraqueza e extrema rigidez muscular, baixo peso, hérnia, anomalias vertebrais, dentre outras patologias. O julgador monocrático negou o pedido, sustentando a inexistência de aborto eugênico em nosso país. A 16ª C.Crim. do TJSP, concedeu a segurança e autorizou o aborto, sustentando existir "causa especial de exclusão de ilicitude, contida no inciso I, do art. 128 do Código Penal". Em caso julgado pela 4ª C.Crim. do TJRJ, em 27/08/2015 (proc. n. 0356331-96-2015.8.19.0001), autorizou-se o aborto em caso de feto portador de Agenesia Renal Bilateral (ausência de ambos os rins), diante de laudo médico referindo que aquele diagnóstico era incompatível com a vida em 100% dos casos, levando a óbito intraútero ou no período neonatal precoce. A decisão reconheceu ser o pedido similar ao discutido na ADPF 54. Informações sobre esses casos em DABUS MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. *Curso de Bioética e Biodireito.* 4ª ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 276.

Posteriormente, em março de 2017 foi publicado acórdão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar o HC 124306, efetuou uma interpretação conforme à Constituição Federal do aludido tipo penal do aborto, concluindo pela impossibilidade de se considerar crime a interrupção da gravidez no primeiro trimestre de gestação. O acórdão foi redigido pelo Min. Barroso, contendo também um extenso voto concorrente da Ministra Rosa Weber. Ambos fizeram aprofundada análise da questão, sob o ponto de vista legal e constitucional, estendendo-se em considerações também de natureza sociológica, filosófica e de direito comparado. Pela sua importância, reproduzimos sua ementa:

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. (...) INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(*omissis*)

3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.

6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

(...)

(STF, Primeira Turma, HC 124306. Relator: Min. Marco Aurélio; Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso; j. iniciado em 09/08/2016 e concluído em 29/11/2016, publicado em 17/03/2017.)

Note-se que o marco temporal adotado por nossa Suprema Corte – primeiro trimestre da gestação – inspirou-se no precedente norte-americano *Roe v. Wade* (1973), apesar deste marco já ter sido substituído por outro marco temporal naquela nação há mais de 30 anos – caso *Casey*, de 1992, que substituiu o critério de divisão trimestral da gestação por dois períodos de 5 e 4 meses, como foi visto, e agora foi superado em 2022, como visto.

É hora de concluir.

Considerações finais

A escolha do presente tema, além das razões expostas inicialmente, também se deu para comemorar os 50 anos do início da discussão sobre o tema do aborto, na Europa e nos Estados Unidos, o que ocorreu entre 1971 e 1973, como visto.

Do exame da questão do aborto nos diversos países, percebe-se que, com a única exceção dos Estados Unidos, em razão da guinada conservadora da presente composição da sua Suprema Corte, em todos os quadrantes as mudanças jurídicas, quando ocorrem, são no sentido de uma descriminalização da interrupção voluntária da gravidez, embora normalmente com alguns limites temporais.

Tais mudanças por vezes são fruto de uma tomada de posição pelos legisladores nacionais, até porque, reconhece-se, o parlamento é a arena mais adequada para tal tipo de debate. Todavia, como a questão do aborto normalmente divide a opinião pública, estando demasiadamente impregnada por visões religiosas de mundo, muitas vezes os legisladores não se sentem à vontade para posicionarem-se a respeito, receosos de perderem votos de seus eleitores. Assim, como o Judiciário não pode se furtar a decidir temas que lhe chegam pelas vias processuais adequadas, por mais indigestos que sejam, coube a ele, muitas vezes, posicionar-se a respeito, especialmente por meio das Supremas Cortes ou Cortes Constitucionais, interpretando a legislação existente – normalmente de cunho penal e protetora do feto – à luz de princípios constitucionais que igualmente protegem e garantem a autonomia da gestante.

Os limites inerentes a uma publicação coletiva impediram maiores desenvolvimentos. Mesmo assim, manifesto minha honra de ter participado dessa celebração acadêmica, em torno dos sessenta anos de uma vida exitosamente dedicada à academia e à magistratura, com reconhecimento internacional. Ao colega e amigo, Ingo Wolfgang Sarlet, fonte permanente de inspiração, registro minha honra e alegria de ter podido participar desse momento.

Referências bibliográficas

ABRAHAM, Henry J. *The Judicial Process.* 7ª ed. New York: Oxford University Press, 1998.

ABRAHAM, Henry J.; PERRY, Barbara A. *Freedom and the Court* – Civil Rights and Liberties in the United States. 7. ed. New York: Oxford University Press, 1998.

ALDERMAN, Ellen; KENNEDY, Caroline. *The Right to Privacy.* New York: Vintage Books, 1997.

AQUINO, Tomás. *Suma de Teología.* T. 1. 4ª. Ed.. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001.

BACH, Tracy. Verbete "Medicine and Law". In: HALL, Kermit L. *The Oxford Companion to American Law***.** New York: Oxford University Press, 2002.

BALDINI, Gianni; CASSANO, Giuseppe. *Persona, biotecnologie e procriazione.* Rozzano: IPSOA, 2002.

BARRAGÁN, Almudena; BREÑA, Carmen Morán. "*México descriminaliza o aborto após decisão judicial histórica*". Disponível em https://brasil.elpais.com/internacional/2021-09-07/mexico-descriminaliza-o-aborto-apos-decisao-judicial-historica.html. 07/09/2021. Acesso em 10/09/2023.

BARROSO, Luis Roberto. STF e anencefalia: nada foi decidido. In: *Anencefalia nos Tribunais.* BARROSO, Luis Roberto e outros. Ribeirão Preto: Migalhas e Faculdades COC, 2009.

BBC. "*Aborto na Colômbia*: a 'onda verde' que está descriminalizando interrupção da gravidez na América Latina." 06.03.2022. Disponível em https://www.bbc.com/portuguese/internacional-60501587. Acesso em 03.08.2023.

BBC. "*Argentina aprova legalização do aborto*: em que países da América Latina o procedimento já é legal." 30 dezembro 2020. Disponível em https://www.bbc.com/portuguese/geral-55476576. Acesso em 03.08.2023.

BBC. "*Justiça do México descriminaliza aborto: o que acontece agora?".* Disponível em https://www.bbc.com/portuguese/articles/c3gl75ez5q0o, 6 setembro 2023. Acesso em 10/09/2023.

BERLINGUER, Giovanni. *Bioética cotidiana.* Trad. de Lavínia B. A. Porciúncula. Brasília: Editora UNB, 2004.

BIOY, Xavier; BURGORGUE-LARSEN, Laurence; DEUMIER, Pascale; DREYER, Emmanuel; DUPRÉ DE VOULOIS, Xavier ; MARTINON, Arnaud ; TINIÈRE, Romain. *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales.* Paris : Dalloz, 2017.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana.* Conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BUGLIONE, Samantha, et. al. (Org.). *Reprodução e sexualidade.* Uma questão de justiça. Porto Alegre: Themis/Sérgio Antonio Fabris Ed., 2002.

BURNS, James MacGregor. *Packing the Court – The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court.* New York: Penguin Press, 2009.

BUSNELLI, Francesco Donato. De quem é o corpo que nasce? Do dogma jurídico da propriedade à perspectiva bioética da responsabilidade. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e Responsabilidade.* Rio de Janeiro: Gen/Ed. Forense, 2009.

CAMURÇA, Silvia. Posfácio: Simone Veil, o argumento definitivo. In: VEIL, Simone. *Uma lei para a história.* A legalização do aborto na França. Trad. de Julia Vidile. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018.

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law – Principles and Policies.* 5ª ed. New York: Wolters Kluwer, 2015.

COOK, Rebecca J. Estimulando a efetivação dos direitos reprodutivos. In: BUGLIONE, Samantha, et. al. (Org.). *Reprodução e sexualidade.* Uma questão de justiça. Porto Alegre: Themis/Sérgio Antonio Fabris Ed., 2002.

DABUS MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. *Curso de Bioética e Biodireito.* 4ª ed. São Paulo: Almedina, 2020.

DENNINGER, Ehrard. Interruzione di gravidanza e eutanasia precoce: osservazione etico-giuridiche. In: RODOTÀ, Stefano (org.) *Questioni di bioetica.* Bari: Laterza, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito.* São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

DW – Deutsche Welle, "Metade dos abortos coloca vida de mulheres em risco". Disponível em https://www.dw.com/pt-br/metade-dos-abortos-realizados-no-mundo-coloca-vida-de-mulheres-em-risco/a-40720885. Acesso em 20.07.23.

FORTES, Pedro. Presente e futuro dos direitos reprodutivos: Os termos do julgamento de Dobbs v. Jackson Women's Health Organization. *Migalhas.* Direito Privado no Common Law. 21/11/2022. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-privado-no-common-law/377275/julgamento-de-dobbs-v-jackson-women-s-health-organization. Acesso em 03.03.2023.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; OLIVEIRA NAVES, Bruno Torquato de. *Bioética e Biodireito.* 5ª ed., rev. atual. e ampl. Indaiatuba/SP: Ed. Foco, 2021.

FRIEDMAN, Lawrence M. *American Law in the 20th Century***.** New Haven: Yale University Press, 2002.

GALEOTTI, Giulia. *História do aborto*. Coimbra: Edições 70, 2007.

GAZETA DO POVO. Espanha aprova aborto e mudança de sexo sem restrições a partir dos 16 anos. Publicado em 16.02.2023. Disponível em https://www.gazetadopovo.com.br/mundo/espanha-aborto-mudanca-sexo-16-anos/. Acesso em 16/08/2023.

GLENDON, Mary Ann. *Abortion and Divorce in Western Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

HARTMAN, Gary; MERSKY, Roy M.; TATE, Cindy L. *Landmark Supreme Court Cases – The Most Influential Decisions of the Supreme Court of the United States.* New York: Facts on File, 2004.

HILLIARD, Bryan. *The U.S. Supreme Court and Medical Ethics.* From Contraception To Managed Health Care. St. Paul/Minn.: Paragon House, 2004.

JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. *Comparative Constitutional Law.* 2. ed. New York: Foundation Press, 2006.

KERSCH, Ken I. Verbete "Gonzales v. Carhart; Gonzales v. Planned Parenthood Federation of America". In: HALL, Kermit L.; ELY JR., James W. (ed.) *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions.* Second Edition. New York: Oxford University Press, 2009.

KOMMERS, Donald P. Abortion and the Constitution: United States and West Germany. In: *25 American Journal of Comparative Law 255,* 276-85 (1977).

KOMMERS, Donald P. Autonomy, dignity and abortion. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (ed.). *Comparative Constitutional Law.* Cheltenham/UK: Edward Elgar, 2011.

KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany.* Third ed., rev. and exp. Durham and London: Duke University Press, 2012.

LAGERWALL, Anne. Prostitution, port du voile, avortement devant la Cour EDH : une affaire de femmes ?. In : *Féminisme(s) et droit international,* p. 371 – disponível em http://cdi.ulb.ac.be/wp-content/uploads/2012/12/feminisme.pdf, acesso em 20/07/2019.

MATOS, Fernanda Patrícia Lopes de. *Aborto: liberdade de escolha ou crime?* (PDF). Barbacena, 2011. Disponível em https://ri.unipac.br/repositorio/wp-content/uploads/2019/02/FERNANDA-PATR%C3%8DCIA-LOPES-MATOS.pdf. Acesso em 14/07/2023.

NEVES, Emanuela de Oliveira; GOMES, Lucas Sousa. Roe v. Wade, 1973 – Um caso para além da liberdade feminina. In: BECKER, Rodrigo Frantz (Coord.). *Suprema Corte dos Estados Unidos – Casos Históricos.* São Paulo: Almedina, 2022.

NEUMAN, Gerald L. Casey in the Mirror: Abortion, Abuse and the Right to Protection in the United States and Germany. In: *43 American Journal of Comparative Law 273 (1995).*

NEW YORK TIMES. *The Dobbs v. Jackson Decision, Annotated*. June 24, 2022. Disponível em: https://www.nytimes.com/interactive/2022/06/24/us/politics/supreme-court-dobbs-jackson-analysis-roe-wade.html. Acesso em 03/03/2023.

NUNES, Daniel Capecchi. Corte Constitucional da Colômbia: os cem anos de solidão da jurisdição constitucional. In: Brandão, Rodrigo (org.). *Cortes Constitucionais e Supremas Cortes*. Salvador: Juspodivm, 2017.

OMS. "OMS divulga diretrizes para melhorar segurança em abortos". Disponível em https://news.un.org/pt/story/2022/03/1782252, de 09/03/2022. Acesso em 16.08.2023.

PATRICK, John J. *The Supreme Court of the United States.* 3[rd] ed. New York: Oxford University Press, 2006.

PIZZIMENTI, Chiara. *Aborto, le minacce al diritto delle donne in Italia e nel mondo.* Disponível em https://www.vanityfair.it/news/diritti/2019/05/25/aborto-le-minacce-al-diritto-delle-donne-in-italia-e-nel-mondo. Acesso em 14/07/2019.

POSNER, Richard A. *How Judges Think.* Cambridge/USA: Harvard University Press, 2008.

SIEGEL, Reva B. The Constitutionalization of Abortion. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law.* Oxford: Oxford University Press, 2012.

SUDRE, Frédéric ; MARGUÉNAUD, Jean-Pierre; ANDRIANTSIMBAZOVINA, Jöel ; GOUTTENOIRE, Adeline ; LEVINET, Michel. *Les grands arrêts de la Cour Européene des Droits de l'Homme.* 6[e] éd. mise a jour. Paris : Thémis/Presses Universitaires de France, 2011.

TUSHNET, Mark. *A Court Divided* **–** The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law. New York: W. W. Norton & Co, 2005.

USNEWS. *Death and Suffering: The Story Behind Ireland's Abortion Ban and its* Reversal – Disponível em https://www.usnews.com/news/best-countries/articles/2022-06-27/the-story-behind-irelands-abortion-ban-and-its-reversal. Acesso em 16/08/2023.

USNEWS. *Death and Suffering: The Story Behind Ireland's Abortion Ban and its* Reversal – Disponível em https://www.usnews.com/news/best-countries/articles/2022-06-27/the-story-behind-irelands-abortion-ban-and-its-reversal. Acesso em 16/08/2023.

VEATCH, Robert M.; HADDAD, Amy M.; ENGLISH, Dan C. *Case Studies in Biomedical Ethics* – Decision-Making, Principles and Cases. New York: Oxford University Press, 2015.

VEIL, Simone. *Uma lei para a história.* A legalização do aborto na França. Trad. de Julia Vidile. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018.

WARBURTON, Nigel. *A Little History of Philosophy.* New Haven: Yale University Press, 2012.

ZAGREBELSKY, Vladimiro; CHENA, Roberto; TOMASI, Laura. *Manuale dei diritti fondamentali in Europa.* Bologna: Il Mulino, 2016.

10. REFLEXÕES SOBRE O DIREITO À PRIVACIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM PERSPECTIVA COMPARADA

REFLECTIONS ABOUT THE RIGHT TO PRIVACY OF CHILDREN AND ADOLESCENTS IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE

 https://doi.org/10.36592/9786554600668-10

Fábio Siebeneichler de Andrade[1]

RESUMO

A partir de uma dupla perspectiva, o escopo central do presente artigo reside em examinar a proteção do direito à privacidade de crianças e adolescentes. Pretende-se, inicialmente, sublinhar o reconhecimento da posição jurídica das crianças e adolescentes como sujeitos de direito. Em um segundo estágio são destacadas algumas das principais questões referentes ao tema da tutela dos direitos da personalidade de crianças e adolescentes, e examina-se de modo crítico a pertinência do modelo brasileiro atual da tutela da personalidade das crianças e adolescentes, notadamente em relação ao direito comparado. Sugere-se, ao final, o desenvolvimento legislativo da matéria como meio de propiciar efetiva tutela à criança e ao adolescente.

Palavras-chave: Privacidade. Tutela de Crianças e adolescentes. Direitos da personalidade. Teoria da capacidade. Estatuto da Criança e do Adolescente.

ABSTRACT

From a double perspective, the central scope of this article is to examine the protection of the right to privacy of children and adolescents. It is intended, initially, to emphasize the recognition of the legal position of children and adolescents as

[1] Doutorado em Direito pela Universidade de Regensburg, Alemanha (2000). Possui Graduação em Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1994). Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1985). Professor Titular de Direito Civil da PUC-RS, integrando o corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Direito (Doutorado e Mestrado) da referida instituição. *Visiting Professor* na Universidade de Roma 1 (La Sapienza), 2022.

legal subjects. In a second stage, some of the main issues related to the subject of protecting the rights of the personality of children and adolescents are highlighted, and the relevance of the current Brazilian model of protecting the personality of children and adolescents is critically examined, notably in relation to comparative law. Finally, the legislative development on the matter is suggested as a means of providing effective protection to children and adolescents.
Keywords: Privacy. Children and Adolescents protection. Personality rghts. Capacity theory. Children and Adolescent Act.

1 INTRODUÇÃO

Constitui-se em tema fundamental da doutrina internacional e nacional, o desenvolvimento dos direitos da personalidade. Poucos são os assuntos de Direito Civil que, em curto espaço de tempo, tiveram uma trajetória tão fulgurante: relegados a uma tratativa tópica na codificação do final do século XIX, como no caso do direito alemão, ou mesmo ignorados, como serve de exemplo a codificação brasileira de 1916, alcançaram o status de direito fundamental antes do final do Século XX: centro de irradiação jurídica da tutela da pessoa (BIOY, 2003, p. 785).

A afirmação dos direitos da personalidade não se restringe, porém, à topografia e ao status. Concebido como instrumento de tutela de interesses tópicos da pessoa para impedir o ataque de outrem à esfera privada do indivíduo, o direito da personalidade passa a ser utilizado também em outros campos, alcançando novas projeções, a fim de regular novos casos em que a pessoa se relaciona com terceiros.

Um exemplo dessa circunstância concerne a questão de quem é legitimado a esgrimir os direitos da personalidade: a resposta mais elementar, e também a mais adequada, consistiria em dizer que todos os sujeitos de direito são favorecidos com direitos da personalidade (SARLET; MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 441).

Neste estudo, busca-se desenvolver um ponto específico do tema: investigar até que ponto a tutela dos direitos da personalidade se estende às crianças e adolescentes, notadamente em relação ao direito à privacidade. Trata-se de temática que se harmoniza não somente com a perspectiva atual do desenvolvimento da matéria, como também se vincula com os estudos desenvolvidos pelo homenageado,

jurista que de forma inigualável contribuiu para a temática dos direitos fundamentais no direito brasileiro e no cenário internacional.

É certo que o tema da tutela da criança e do adolescente possui marcos autônomos, como se verifica do exame do art. 16[2], da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 – normativa internacional ratificada na ordem jurídica nacional mediante o Decreto Legislativo nº 28/1990, sendo promulgada pelo Decreto Executivo nº 99.710/1990.

Da mesma forma, no direito brasileiro o Estatuto da Criança e Adolescente de 1990, em seu artigo 17, dispõe sobre o direito ao respeito, e contempla feixes de direitos como a imagem, identidade e autonomia. Trata-se, portanto, de uma legislação concretizadora de direitos da personalidade.

Embora se reconheça que crianças e adolescentes são sujeitos de direito, há que se ter presente que a matéria suscita questionamentos a partir da necessidade estabelecida pelo ordenamento jurídico de os pais exercerem um dever de zelo e cuidado relativamente aos seus filhos. – Pode-se, portanto, delinear um elemento de tensão entre a referida necessidade de diligenciar no atendimento dos interesses dos filhos e o pleito destes de ver resguardados seus direitos da personalidade, no caso, o direito à privacidade (CORRIERO, 2004, p. 998; MEYER, 2002-2003, p. 1117; BEATER, 2013, p. 111).

Recentemente, a matéria ganhou debates por força da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) que dispõe, no artigo 14, que o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse.

Nesses termos, convém, primeiramente, pontuar os principais momentos da evolução dos Direitos da Personalidade das crianças e adolescentes. Após, pretende-se vislumbrar, sem a preocupação da exaustividade, algumas das principais questões relacionadas a esse tema, especialmente para verificar a pertinência do tratamento dado à tutela do direito da privacidade no Direito brasileiro.

---

[2] "Art. 16. 1. Nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação".

Por fim, cumpre destacar que o assunto encontra ressonância em distintos ordenamentos, sendo o foco do presente trabalho o exame das contribuições do Direito comparado, a promoção de reflexões sobre a matéria examinada, bem como a pertinência das soluções adotadas no âmbito do Direito nacional. Também aqui o singelo estudo pretende, em âmbito modesto, harmonizar-se com o método dos estudos do homenageado, que sempre direcionou os seus estudos e contribuições tendo presente o desenvolvimento do direito comparado.

2 A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

2.1. A APLICABILIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A proteção da criança e do adolescente, no ordenamento jurídico brasileiro, está a nível constitucional, sendo que o artigo 227 da Carta Magna impôs à família, à sociedade e ao Estado[3] assegurar uma ampla gama de direitos à criança e ao adolescente. No referido artigo, porém, não se faz menção aos direitos da personalidade identificados no artigo 5º da Constituição Federal, classicamente reconhecidos na teoria do direito privado, tais como a honra, a privacidade e a imagem, o que aponta a intenção do legislador de dispor sobre a tutela da criança e do adolescente em dispositivos específicos.

Assim, a regulação constitucional se harmoniza com as disposições internacionais sobre o tema, especialmente com a Convenção das Nações Unidas de 1989, aludida anteriormente. Na esfera europeia, a Carta de direitos fundamentais da

[3] Art. 227. “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

União (Carta de Nice), de 2002, ao considerar os direitos da criança especificamente no seu artigo 24[4], constitui outro marco para a temática.

Para a concretização do artigo 227, da Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente discerne, no artigo 2º, as crianças como aquelas de até 12 anos de idade e os adolescentes como aqueles de até 18 anos de idade[5].

No âmbito desse trabalho, é objeto de menção específica dois dos direitos contidos na Constituição que foram posteriormente concretizados no Estatuto da Criança e do Adolescente: o direito ao respeito, previsto no artigo 17, do referido Estatuto[6], e o direito à dignidade, contido no artigo 18 do mesmo diploma legal[7].

Cumpre asseverar que crianças e adolescentes são titulares de direitos fundamentais (PAGE; HUMPREY, 1981, p. 502). Embora a assertiva possa soar à primeira vista um truísmo, pois são as pessoas naturais as que se qualificam como sujeitos de direito (detentores dos direitos subjetivos qualificados como relevantes pela ordem jurídica constitucional), a Suprema Corte norte-americana[8] destacou, expressamente, a proteção constitucional direcionada a eles.

Em essência, cuida-se da aplicação do princípio da universalidade, no sentido de que todas as pessoas naturais detêm a condição de sujeitos de direitos fundamentais. Deve-se ponderar que essa premissa não implica, necessariamente, que as crianças e adolescentes sejam titulares de todos os direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 358); porém, eles são titulares de direitos vinculados a sua condição de pessoa, o que induz à aplicabilidade dos direitos da personalidade.

---

[4] "Art. 24. 1. As crianças têm direito à proteção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade".

[5] No âmbito das políticas públicas, há que se atentar para as disposições do Estatuto da Juventude (Lei 12.852/2013), que, no seu artigo 1º, § 1º qualifica serem consideradas jovens as pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade, sendo que no § 2º consta a especificação no sentido de que para os adolescentes entre 15 e 18 anos a aplicação do Estatuto da Juventude é excepcional.

[6] Art. 17. "O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais".

[7] Art. 18. "É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor".

[8] Afirmou-se relativamente ao direito processual penal: "minors are persons entitled to the constitucional protection of their rights" (ESTADOS UNIDOS, 1967).

Importa pontuar a evolução dos direitos da personalidade no direito brasileiro, enquanto instrumento pontual de tutela para proteção geral dos interesses da esfera pessoal. Essa circunstância se estabelece: de um lado, pela aludida tutela prevista na Constituição Federal (artigo 5o, inciso X) além de fixar a dignidade da pessoa humana entre os fundamentos da República; de outro lado, pela previsão constante no art. 21 do Código Civil de 2002, que reconhece o direito a privacidade e estabelece a existência de um direito geral da personalidade (ANDRADE, 2013).

Nesse sentido, em que pese a expressão da dignidade humana seja traduzida como o reconhecimento do valor da pessoa e da eficácia na esfera infraconstitucional (SARLET, 2009, p. 74-79), o reconhecimento de um direito geral da personalidade é indispensável (MORAES, 2003, p. 117).

A reflexão sobre o Direito geral da personalidade tende a se conectar com a efetivação do princípio da dignidade humana, ao se considerar a visão ampliativa do sistema de tutela de direitos da personalidade no Direito brasileiro (*numerus apertus*), apta a recepcionar todos os sujeitos de direito como destinatários dos direitos da personalidade, o que favorece a inclusão das crianças e adolescentes como titulares desses direitos.

2.2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES E SEU STATUS COMO SUJEITOS DE DIREITOS

A circunstância de as crianças e adolescentes serem titulares de direitos da personalidade conduz à necessidade de regular de forma mais detalhada a disciplina da capacidade e de exercício de direitos.

No Direito Civil brasileiro, as pessoas menores de 16 anos são reputadas como absolutamente incapazes (art. 3º, Código civil), o que implica a exigência de serem representadas para exercitarem os seus direitos.

Importa referir que o direito civil brasileiro está distante da disciplina contemporânea para a matéria. Veja-se, por exemplo, que o § 104, n. 1 do Código Civil alemão (BGB) considera como absolutamente incapazes os menores de 07 anos de idade, e a maioridade civil se inicia aos dezoito anos. Desse modo, a partir dos 07 anos de idade, nos termos do § 107, do BGB, incide a capacidade limitada

(*beschränkte Geschäftsfähigkeit*); nesse caso, especialmente a partir dos 14 anos de idade, examina-se o discernimento do menor (*Einsichtsfähigkeit*), a fim de verificar se ele poderá intervir nos negócios jurídicos, de modo a se estabelecer um duplo controle (*doppelzuständigkeit*) (BEATER, 2013, p. 117).

No direito argentino, o artigo 26 do Código Civil de 2015 parte da premissa de que os menores são representados por seus pais. Dispõe, porém, que de acordo com a idade e grau de maturidade, os menores poderão exercer por si só os atos que lhe sejam autorizados pelo ordenamento jurídico. Além disso, na hipótese de conflito de interesses com os representantes, pode o menor intervir a respeito, sendo especialmente previsto que possui o direito a participar nas decisões sobre sua pessoa (CARLUCCI et al, 2015).

Diante desse singelo quadro, pode-se verificar uma dissintonia no direito civil brasileiro entre a concepção da capacidade de direito e de exercício, decorrente de uma visão oitocentista de exercício de direitos subjetivos, e o quadro de titularidade e exercício para os direitos da personalidade para a criança e adolescente.

Nesse contexto, interessa a questão relativa à possibilidade de invocação dos direitos da personalidade das crianças e dos adolescentes, a fim de sublinhar o seu efetivo papel como sujeitos de direito e no âmbito da família (DE MEO, 2012, p. 461; WOODHOUSE, 1994, p. 321). Na próxima parte deste trabalho, é traçado o questionamento sobre a invocação da defesa da privacidade por parte de crianças e adolescentes.

3. PRIVACIDADE EM FAVOR DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

3.1 A CONFIGURAÇÃO DA PRIVACIDADE EM FAVOR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A afirmação de uma esfera de privacidade para os "menores" corresponde a um avanço significativo dessa matéria (CORRIERO, 2004, p. 998; PAGE, 1981, p.499; MARWICK; DIAZ; PALFREY, 2010, p. 10-29; SHMUELI; BLECHER-PRIGAT, 2011, p. 759): ao mesmo tempo em que essa circunstância implica a ampliação da esfera de privacidade, configura a consequente reflexão sobre o exercício da função paterna.

Sublinha-se a modificação do entendimento do exercício dos deveres paternos, que não devem ser qualificados como uma simples manifestação de poder, malgrado a manutenção da denominação "poder" no direito civil brasileiro. Uma demonstração dessa mudança encontra-se na redação dada ao artigo 147, do Código civil italiano, a partir de reforma legislativa do Direito de Família de 1975: os deveres dos pais em relação aos filhos devem ser exercidos, de acordo com "sua capacidade, inclinações naturais e aspirações" (CORRIERO, 2004, p. 999).

Nesse contexto, a experiência italiana reconhece a situação do chamado "grande minore", ou, alinhada com a concepção atual, o jovem adulto (*giovane adulto*), caso em que as ações dos pais devem, necessariamente, considerar a personalidade do jovem em formação (CORRIERO, 2004, p. 999).

Ao mesmo tempo, há que se apontar que o reconhecimento do direito à privacidade da criança e, mais especificamente do adolescente, envolve a superação da doutrina clássica relativa à imunidade dos integrantes da família (*Immunity Doctrine*): sinteticamente, percebia-se a família como uma unidade fechada, avessa à possível intervenção de terceiros para tutelar interesses contrapostos de seus membros, o que implicava uma restrição ao exercício de pretensões por parte dos filhos frente aos seus pais[9].

A preocupação com a matéria da tutela da privacidade de crianças e adolescentes não desconhece o paradoxo da privacidade (*Privacy paradox*), em que se discute a tendência contemporânea à extrema divulgação de informações pessoais para granjear reputação e identidade específicas (SOLOVE, 2020, p. 01). No que toca ao desenvolvimento da personalidade de adolescentes e crianças, pontua-se a ocorrência de fenômenos sociais, como a atração pela popularidade no ambiente *online* e o objetivo de alcançar o status de "micro-celebridade" (*micro-celebrity*) (MARWICK; DIAZ; PALFREY, 2010, p. 25), bem como o incentivo existente

[9] A *Family Immunity Doctrine* remonta a um caso da Suprema Corte do Mississippi, intitulado Hewllett v. George (1891). Nessa decisão, a corte anulou uma regra de direito comum que permitia às crianças processarem seus pais por quebra de contrato ou por atos ilícitos relativos à propriedade das crianças ou outros interesses. Considerou-se que uma criança não tinha direito a buscar indenização por danos pessoais causados por atos ilícitos dos pais, enquanto ela e os pais tivessem deveres familiares um com o outro. Na visão do tribunal, haveria uma política pública sólida a considerar: permitir ações judiciais entre membros da família minaria a paz social e a paz das famílias que compõem a sociedade. (HALEY, 1996, p. 575).

pela mídia, que estimula a participação de crianças em programas de entretenimento (SHMUELI, 2015, p. 289).

A presença desses fatos na realidade social não pode ser desconsiderada, contudo, os jovens têm manifestado preocupação própria sobre a divulgação de informações concernentes a vida pessoal (MANTELERO, 2011, p.139-141). Além disso, a privacidade assume, contemporaneamente, uma multiplicidade de dimensões e concretizações, sendo possível de considerar que entre elas se insere o controle de informações da própria pessoa, do que decorre a denominada privacidade informacional (*informational privacy*) (SOMA; RYNERSON, 2008, p. 21). Nesse contexto, o reconhecimento do paradoxo da privacidade não invalida o esforço de reconhecimento e extensão da privacidade às crianças e adolescentes.

Na seara normativa, apontou-se introdutoriamente o reconhecimento do tema, no âmbito da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989. No direito americano, por exemplo, devido a essa influência alinhada com os desenvolvimentos teóricos e sociais acima indicados, a questão da tutela da privacidade de crianças e adolescentes tem sido objeto de intensas considerações, versando a necessidade de tutela na esfera da intervenção estatal e parental (SHMUELI; BLECHER-PRIGAT, 2011, p. 750).

3.2 QUESTÕES CONTEMPORÂNEAS DA TUTELA DA PRIVACIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Em um primeiro âmbito exemplificativo, ocorreu o debate sobre a possibilidade de o menor de dezesseis anos de idade ter acesso à contracepção, o que foi apreciado favoravelmente pela Suprema Corte americana como expressão do reconhecimento da privacidade no âmbito de uma ação proposta pelos órgãos interessados na divulgação da publicidade contraceptiva (ESTADOS UNIDOS, 1977).

Ainda nessa esfera de proteção, pode-se indagar sobre a invocação da privacidade de menores relativamente ao dever de cuidado imputado aos responsáveis pelo ambiente escolar e instituições educacionais no geral. Ainda no direito americano, considerou-se que não se entendia como assegurada a privacidade dos alunos diante da ocorrência de situações disciplinares havidas no

ambiente escolar, quando as escolas devem forçosamente cumprir o dever de informar o representante legal para atender ao direito do devido processo legal assegurado aos próprios estudantes adolescentes (ESTADOS UNIDOS, 2007).

Discute-se, igualmente, a proteção da privacidade de crianças e adolescentes quando estes são objeto de monitoramento por ocasião de suas pesquisas na Internet (MARWICK; DIAZ; PALFREY, 2010, p. 15). Nesse campo, a prevalência é dada ao dever de zelo das instituições educacionais, sobretudo quando elas podem ser consideradas responsáveis por quaisquer prejuízos causados à integridade de seus estudantes.

Observa-se, nesse primeiro grupo de casos, a dificuldade em assegurar a privacidade aos adolescentes no âmbito escolar, na medida em que a jurisprudência, especialmente a americana, quando confrontada com a pretensão exposta, privilegia a posição das instituições acadêmicas, considerada a condição de responsáveis pela educação e orientação dos estudantes sob guarda.

A problemática se coloca de forma mais aguda quando se trata de considerar a tutela de direitos da personalidade da criança e adolescente no âmbito do grupo familiar, perante os seus demais integrantes.

Um primeiro exemplo nesse sentido corresponde em saber se os pais estão autorizados a gravar conversas dos filhos para resguardá-los de situações potencialmente perigosas (DINGER, 2005, p. 955). A resposta é majoritariamente afirmativa no direito americano: a partir da teoria do consentimento vicário (*vicarious consent*), reputa-se que os pais têm o dever de agir em atenção a seus filhos menores, o que abrange a possibilidade de registrar as conversas. Pondera-se que, em face do risco de os pais serem responsabilizados, na hipótese de os filhos serem vítimas de um crime perpetrado por terceiro, há que se manter uma ampla margem de discricionaridade em favor dos pais (DINGER, 2005, p. 1003-1017), sem se descurar da necessária ponderação entre os deveres paternos e a privacidade dos filhos (SHMUELI; BLECHER-PRIGAT, 2011, p. 782). A orientação doutrinária predominante consiste em resguardar a esfera de atuação dos pais relativamente à salvaguarda dos filhos, na medida em que se parte do pressuposto de que os pais agem conforme o melhor interesse dos filhos.

A questão não se cinge ao direito americano, pois a mesma matéria foi objeto de decisão no direito brasileiro, em processo relativo à suposta prática de crime sexual contra criança de 13 anos de idade. Discutiu-se a ilicitude de interceptação telefônica de terceiro, realizada sem autorização judicial e, no caso, reputou-se admissível a utilização de prova extraída de gravação telefônica do filho, autorizada pela mãe da vítima na sua residência. A esse respeito, considerou-se expressamente que, em vista da matéria envolvida, a proteção integral à criança desempenhava um papel relevante na matéria (BRASIL, 2014).

Outra espécie de questão a ser enfrentada consiste na existência de privacidade dos filhos frente aos pais, no campo do desempenho acadêmico. A legislação federal americana de 1974 ("*Family Educational Right to Privacy Act*" - FERPA) autoriza expressamente os pais a controlar a informação dos filhos até os 18 anos de idade, mesmo diante da objeção dos mesmos (SHMUELI; BLECHER-PRIGAT, 2011, p. 782). Por sua vez, no direito alemão a Corte Constitucional reconheceu o direito dos pais de acesso a informações dos filhos, os quais haviam confiado referências próprias a um orientador educacional (ALEMANHA, 2016).

Já no direito brasileiro, ao pais é permitido verificar o desempenho acadêmico dos filhos até o advento da maioridade, sendo normalmente implementados mecanismos de acesso às notas dos filhos por instituições de ensino particulares. Ainda que os pais ainda se apresentem como os responsáveis financeiros pelo pagamento das mensalidades, após a maioridade dos filhos não se deve considerar presente o direito de acesso a informações pessoais dos filhos, salvo em condições excepcionais mediante autorização judicial.

No âmbito das instituições públicas, o artigo 31 da Lei nº 12.527/2011, ao tratar do acesso às informações, disciplina que o tratamento das informações pessoais deve respeitar a vida privada e a intimidade. No inciso II do referido dispositivo para a autorização de acesso por terceiros se exige o consentimento do titular das informações.

Logo, não se pode facultar aos pais, mesmo em caso de dependência econômica do filho para fins de imposto de renda ou acordo alimentar, a possibilidade de acesso à documentação de desempenho acadêmico – sendo possível conceber que o próprio filho possa admitir essa circunstância.

O direito à privacidade dos filhos frente aos pais possuiria assim caráter formal, mas a doutrina tem ressaltado cada vez mais o seu reconhecimento e a sua importância para o desenvolvimento pessoal dos filhos (SHMUELI; BLECHER-PRIGAT, 2011, p. 782). Nesse sentido, o eventual monitoramento dos filhos menores pelos pais contemplaria riscos de configurar uma conduta desfavorável à personalidade da criança e do adolescente, na medida em que a privacidade há que ser considerada como um direito essencial ao desenvolvimento da personalidade[10].

Em vista desse contexto, debate-se sobre a conduta contemporânea dos pais que divulgam informações sobre os filhos, seja na mídia impressa, *blogs*, ou em plataformas digitais; a prática é configurada como compartilhamento de experiências paternas na esfera *online* (*sharenting*), o que pode implicar um comportamento considerado lesivo ao desenvolvimento e ao direito da personalidade dos filhos (STEINBERG, 2017, p. 839).

Embora teorizada na doutrina, há que se considerar que no direito americano parte-se da premissa de considerar-se autorizada a divulgação de informações pelas pessoas que partilham experiências[11], o que implicaria permitir essa conduta por parte dos pais, mesmo sob a consideração de que os filhos poderiam preferir resguardar a privacidades desses relatos[12].

Vinculada a este ponto situa-se a expressão desse direito personalíssimo, em especial de como dotar a criança e ao adolescente instrumentos para que se possa garantir o exercício desse direito (CAMARDI, 2018, p. 831; MARX NETO, 2011, p. 343), pois, apesar de serem considerados sujeitos de direito, no plano da capacidade de exercício, como se vislumbra do artigo 3º, do Código civil de direito, ainda são reputados como absolutamente incapazes!

---

[10] "Privacy is closely implicated in the notions of respect and self-respect, and of love, friendship and trust. Quite apart from any philosophical analysis this is intuitively obvious. In this section I shall try to make the connection explicit. In general it is my thesis that in developed social contexts love, friendship and trust are only possible if persons enjoy and accord to each other a certain measure of privacy. (FRIED, 1968, p. 475-482).

[11] Na decisão *Boneme v. Kaysen*, de 2004, pela Corte de Massachusets, rejeitou-se a alegação de privacidade de homem, em face da publicação de um livro por parte de sua ex-namorada, que divulgava detalhes de sua vida pessoal (VOLOKH, 2011).

[12] Muito embora com particularidades em relação à premissa do texto, encontra-se no direito alemão precedente em que se considerou que um professor não estava autorizado a escrever um livro em que relatava as características de um de seus alunos, o que lesava seu direito da personalidade. (ALEMANHA. Bundesgerichtshof (BGH), 15.09.2015, 6º Senado, ZR 175/14).

Quanto a disciplina sobre capacidade de exercício, cumpre pontuar a inexistência de qualquer graduação a esse respeito no direito brasileiro. Com exceção da disciplina da adoção, em que se faz mister o consentimento do maior de 12 anos de idade[13], adota-se em geral uma disciplina de "tudo ou nada", sem reconhecer a autonomia progressiva da criança e do adolescente.

Em paralelo a essa questão, no Direito italiano, por exemplo, houve intenso debate acerca da pretensão de instituir um curador especial para os filhos, com o fito de resguardar seus interesses próprios por ocasião do divórcio dos pais. Inicialmente, a resposta foi negativa por parte da Corte Constitucional italiana, sob o argumento que o Ministério Público e o juiz estariam aptos a exercer esse papel (CORRIERO, 2004, p. 1019).

O tema, no direito brasileiro, tem base legislativa na medida em que o Estatuto da Criança e do Adolescente, no parágrafo único do seu art. 142, dispõe sobre a possibilidade de ser atribuído curador especial à criança ou adolescente sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal, ainda que eventual. Não há, porém, a indispensabilidade de se atribuir curador ao menor na generalidade das hipóteses em que ele estiver envolvido.

Colocou-se, ademais, a questão de saber se o consentimento dos pais é suficiente, quando se trata de difusão de imagens da criança e do adolescente, ou se deveria recorrer a um instrumento específico de proteção. No direito italiano, sustenta-se a necessidade de uma tutela suplementar, especialmente quando se trata de pessoa com idade inferior a 16 anos, reputando-se, por exemplo, que a autorização da difusão de imagem não foi validamente prestada (CORRIERO, 2004, p. 1024).

No Direito brasileiro, se é certo que o art. 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente exige a autorização judicial para a participação da criança e do adolescente em diversas atividades, não sucede o mesmo para o uso de sua imagem, expressamente (RETTORE; SILVA, 2016, p. 31). Inexiste, do ponto de vista positivo, a necessidade de se ouvir o juiz sobre o uso da sua imagem, estabelecendo-se toda a

---

[13] O consentimento do maior de doze anos de idade é exigido para a adoção, consoante o disposto no artigo 45, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

tutela no âmbito da responsabilidade parental. Da mesma forma, não se apresenta qualquer controle acerca da possibilidade de os pais criarem contas para os filhos nas plataformas sociais, ou, como foi referido acima, nelas disponibilizar fotos ou imagens de seus filhos.

De modo concreto, como proteção da personalidade da criança e do adolescente, sobressai a previsão do art. 143 do Estatuto da Criança e do Adolescente[14], que dispõe sobre a vedação da divulgação dos atos judiciais e policiais de menores infratores. Trata-se, porém, de norma relativa a matéria infracional, de modo que se poderia questionar sobre o seu alcance em casos que não a envolvessem (FERNANDES, 2016, p. 257), mediante interpretação ampliativa. Desse modo, para se resguardar plenamente a criança e o adolescente, quando a divulgação de sua imagem possui conotação contrária à honra e dignidade do menor, é adequada a adoção de interpretação extensiva de acordo com precedentes jurisprudenciais (BRASIL, 2012).

Em linhas gerais, entretanto, prevalece a noção de que a autorização dos pais ou responsáveis é suficiente para tutelar o direito da personalidade da criança (BRASIL, 2021). Apenas nos casos em que a autorização do responsável não se configura, reputa-se presente o pressuposto para a reparação por prejuízo à pessoa da criança ou do adolescente.

Observa-se que o direito brasileiro é destituído de instrumentos aptos a conceder à criança e ao adolescente meios para a tutela de sua privacidade. Mesmo a possibilidade de tutela mediante a figura do direito ao esquecimento, considerada em diversos ordenamentos como instrumento de tutela propício à criança e ao adolescente, apresenta-se a princípio vedada, no direito nacional, a partir de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 1010606 (BRASIL, 2021).

Em contraposição a esse posicionamento se estabelece o direito americano com o "*Children's Online Protection Act*" (COPPA) de 1998, que, ao tratar da difusão de dados pessoais de crianças e adolescentes na internet, diferencia a tutela para os menores de 13 anos. Nesse caso, institui-se direito de deletar (*right to delete*) os dados eventualmente disponibilizados (MARWICK; DIAZ; PALFREY, 2010, p. 26-38).

---

[14] "Art. 143. É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional".

Na Califórnia, encontra-se instituída a possibilidade do direito de deletar as informações disponibilizadas na internet por menores através do "*Business and Professions Code*" (BPC) de 2015, que em seu § 22581, permite aos menores de 18 anos obter a remoção de informação ou conteúdo inserido em sites de internet, aplicativos em rede, serviços online, aplicativos em celular (ESTADOS UNIDOS, 2015).

Os instrumentos citados não existem na disciplina de proteção de dados estabelecida na legislação francesa, de 2018 (ROCHFELD; MARTIAL-BRAZ, 2019, p.76), e, igualmente não foram previstos na legislação nacional brasileira (Lei nº 13.709/2018). A referida Lei, no seu artigo 14, preserva o regime tradicional do consentimento do uso de dados pelos pais, sem instituir qualquer figura de tutela concreta às crianças e adolescentes. Frisa-se que inexiste dispositivo legal sobre eventual oposição entre os interesses dos representantes legais e os da criança e do adolescente.

Nesse viés, na experiência legislativa comparada encontram-se, ainda de que forma esparsa ou pontual, mecanismos de proteção inexistentes no direito privado brasileiro. A análise comparativa permite concluir a insuficiência do regime legislativo existente para a efetiva concretização dos direitos da personalidade de crianças e adolescentes (STEINBERG, 2017, p. 869), sob o ponto de vista de efetivos sujeitos de direito, bem como o equívoco proferido pelo Supremo Tribunal Federal, na Tese de Repercussão Geral n. 786, ao afastar, taxativamente, a existência do direito ao esquecimento como instrumento de tutela da privacidade no direito nacional, instrumento propício à proteção da tutela do desenvolvimento do direito da privacidade de crianças e adolescentes.

CONCLUSÃO

No presente estudo acentua-se, *prima facie*, a relevância dos Direitos da Personalidade, que migram do campo estrito do Direito Civil, para o status de Direitos Fundamentais, a fim de verificar a concretude da sua titulação por crianças e adolescentes. Pontua-se, igualmente, a importância da visão ampliativa do tema, a partir do Direito Geral da Personalidade como mecanismo de tutela dos Direitos da Personalidade.

Verifica-se a inexistência de uma disciplina convergente dos Direitos da Personalidade de crianças e adolescentes no ordenamento de direito privado brasileiro. Embora haja várias disposições no Estatuto da Criança e do Adolescente, a partir da previsão constitucional relativa à matéria, no âmbito da privacidade não se estabeleceu uma tratativa no Código Civil capaz de propiciar um regime abrangente para a defesa dos Direitos da Personalidade da criança e do adolescente.

Em que pese se possa sustentar a possibilidade de autoaplicação da proteção da criança e do adolescente a partir da principiologia constitucional, é forçoso considerar que dois eixos ainda preponderam nesse âmbito no direito privado: de um lado, na matéria de capacidade, apesar da reforma estabelecida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, considera-se a pessoa com menos de dezoito anos como incapaz. De outro, enfeixa o Direito de Família brasileiro poderes na pessoa dos pais, a fim de zelar pela integridade da pessoa do filho, o que implica obstáculo quase intransponível para o não reconhecimento de seu direito à privacidade.

Nesse quadro, por mais que se possa advogar pela necessidade de balanceamento de interesses, sopesando o indispensável equilíbrio entre os integrantes da família, para salvaguardar efetivamente o direito à privacidade de crianças e adolescentes à luz da experiência do direito comparado, cumpre propugnar por uma revisão dogmática mediante reforma legislativa para estabelecer instrumentos e mecanismos efetivos, concretos, de tutela dos Direitos da Personalidade voltados a criança e ao adolescente.

A esse respeito, pondera-se que, por exemplo, a solução apresentada pelo Código Civil argentino deve servir de primeiro modelo para a defesa dos interesses da criança e do adolescente em matéria de direitos de personalidade, na medida em que ela permite destacar a noção de individualidade de cada pessoa no âmbito familiar.

De modo específico, pode-se indicar que tanto o Supremo Tribunal Federal, como a Lei de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) poderiam ter contribuído para a concretização pontual dessa tutela, seja pelo reconhecimento do direito ao esquecimento ao apreciar a matéria, seja pela sua instituição no direito positivo nacional, em favor das crianças e adolescentes.

Cumpre, porém, à doutrina, em vinculação aos estudos do homenageado no âmbito dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade, expandir a aplicabilidade da noção de privacidade para as crianças e adolescentes, tendo em vista a premissa de que são sujeitos de direito e titulares desse direito fundamental.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Bundesgerichtshof (BGH). **Urteil des VI. Zivilsenats**, **VI ZR 175/14.** Ementa?. Relator?, 15 september 2015. Disponível em: http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=72399&pos=0&anz=1. Acesso em: 21 fev. 2021.

ALEMANHA. Corte Constitucional. BVerfGE 59, 360, **Privatsphäre "von Kindern gegenüber ihren Eltern".** Ementa?. Relator?, 19 februar 2016. Disponível em: https://www.bundestag.de/resource/blob/424520/5ed4fc913f1de73187008302b2a52316/wd-3-046-16-pdf-data.pdf. Acesso em: 20 fev. 2021.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A tutela dos direitos da personalidade no Direito Brasileiro em perspectiva atual. **Revista de Derecho Privado**, Bogotá, v. 24, p. 81-111, 2013.

BEATER, Axel. Persönlichkeitsschutz Minderjähriger und mediale Berichterstattung. **Juristische Zeitung**, Tübingen, v. 68, n. 14, p. 111-120, 2013.

BIOY, Xavier. **Le Concept de personne humain en droit public**. Paris: Dalloz, 2003.

BOVY, Phoebe Maltz. The Ethical Implications of Parents writing about their kids. **The Atlantic**, Boston,l 15 jan. 2013. Disponível em: https://www.theatlantic.com/sexes/archive/2013/01/the-ethical-implications-of-parents-writing-about-their-kids/267170/. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre o direito das crianças. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021c].
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021d].
Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso Especial 1.026.605-ES**. Ementa?. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 03 de maio de 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=2008%2F0019794-6&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO. Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1010606**. Tema 786. Ementa?, Relator: Min. Dias Toffoli, 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5091603&numeroProcesso=1010606&classeProcesso=RE&numeroTema=786. Acesso em 20 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 598.086.742**. Ementa?. Relator: Des. Osvaldo Stefanello, 05 de abril de 2000. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index. Acesso em 15 fev. 2021.

CAMARDI, Carmelita. **Relazione di Filiazione e Privacy**. Brevi Note sull'Autodeterminazione del Minore. Juscivile, Turim, v. 6, p. 831-851, 2018.

CARLUCCI, Aída K. *et al*. El principio de autonomia progressiva en el codigo civil y comercial: algunas reglas para su aplicación. **Infojus – Sistema Argentino de Informação Jurídica**, p. 1-16, 2015. Disponível em: http://www.redaas.org.ar/archivos-recursos/carlucci%20et%20al.%20autonomia%20adolescentes.pdf. Acesso em 20 fev. 2021.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. Lisboa: Almedina, 2004. v. I, t. III.

CORRIERO, Valeria. Privacy del minore e potestà dei genitori. **Rassegna di diritto civile**, Napólis, v. 4, p. 998-1033, 2004.

DE MEO, Rosanna. La tutela del minore e del suo interesse nella cultura giuridica europea. **Il Dirittto di famiglia e della persone**, Milão, v. 41, n. 1, p. 461-477, 2012.

DINGER, Daniel. Should Parents be allowed to record a Child's Telophone Conversation's when They believe the Child is in danger? An Examination of the Federal Wiretap Statute and the Doctrine of Vicarious Consent in the Context of a Criminal Prosecution. **Seatle University Law Review**, Seatle, v. 28, n. 4, p. 955-1027, 2005.

ESTADOS UNIDOS. Central District of California. **Nguon v. Wolf (2007)**. Decisão proferida em 25.09.2007. Disponível em: https://www.aclu.org/legal-document/nguon-v-wolf-decision-us-district-court. Acesso em: 20 fev. 2021.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **In re Gault, 387 (1967)**. Decisão proferida em 15.06.1967. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/387/1/. Acesso em: 20 fev. 2021.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Carey v. Population Servs Int'l**, *(431 U.S. 678, 693) (1977)*. Decisão proferida em 09.06.1977. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/431/678/. Acesso em: 20 fev. 2021.
FERNANDES, Rômulo Magalhães. Colisão de direitos: a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade de crianças e adolescentes. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 18, n. 3, p. 257-293, 2016.

UNIÃO EUROPÉIA. **Carta de Nice, de 1º de fevereiro de 2003**. Altera o Tratado da União Europeia, os Tratados que instituem as comunidades europeias e alguns atos relativos a esses tratados. Nice: Parlamento Europeu, 2001. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:12001C/TXT. Acesso em: 15 fev. 2021.

FRANÇA. **Code Civil des Français (1804)**. Version em vigueaur au 24 mars 2021. Paris: Présidence de la République, [2021]. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006089696/#LEGISCTA000006089696. Acesso em: 15 fev. 2021.

FRIED, Charles. Privacy. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 77, p. 475-493, 1968.

HALEY, Sandra L. The Parental Tort Immunity Doctrine: is it a defensible defense? **University of Richmond Law Review**, Richmond, v. 30, n. 2, p. 575-603, 1996.

LABATUT, Thifany. L'exploitation des mineurs dans les médias sociaux: faut-il s'alerter?. **Actu-Juridique.fr**, Paris, 06 jun. 2019. Disponível em: ctu-juridique.fr/civil/personnes-famille/lexploitation-des-mineurs-dans-les-medias-sociaux-faut-il-salerter/. Acesso em 20 fev. 2021.

MANTELERO, Alessandro. Adolescenti e privacy nella scuola al tempi di youtube. **Nuova Giurisprudenza civile comentata**, Padova, v. 4, n. 3, p. 139-141, 2011.

MARWICK, Alice; DIAZ, Diego; PALFREY, John. Youth. Privacy and Reputation – Literature Review. **Harvard Law School, Public Law & Legal Theory Working Paper Series Paper**, Cambridge, n. 10-29, p. 01-82, 2010.

MARX NETO, Edgard Audomar. Exercício dos direitos da personalidade por crianças e adolescentes: entre o exercício exclusivo e regime de incapacidade. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 13, n. 100, p. 343-373, 2011.

MEYER, David. The Modest Promise of Children's Relationship Rights. **William & Mary Bill of Rights Journal**, Williamsburg, v. 11, n. 3, p. 1117-1137, 2002-2003.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PAGE, Humprey. Privacy or protection: the juvenile dilemma. **Santa Clara Law Review**, Santa Clara, v. 21, n. 2, p. 499-519, 1981.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966**. Código Civil Português. Lisboa: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991. Acesso em: 12 fev. 2021.

RETTORE, Ana Cristina de Carvalho; SILVA, Beatriz de Almeida Borges. A exposição da imagem dos filhos pelos pais funcionalizada ao melhor interesse da criança e do adolescente. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 8, n.2, p. 32-46, 2016.

ROCHFELD, Judith; MARTIAL-BRAZ, Nathalie. **Droit des donnés personnelles**. Paris: Dalloz, 2019.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo W; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SHMUELI, Benjamim; BLECHER-PRIVAT, Ayelet. Privacy for children. **Columbia Human Right's Law Review**, Nova Iorque, v. 42, p. 759-795, 2011.

SHMUELI, Benjamin. **Children in reality TV**: comparative and international perspectives. **Duke Journal of Comparative & International Law**, Durham, v. 25, p. 289-360, 2015.

SOLOVE, D. The mith of privacy paradox. **George Washington Public Law and Legal Theory Paper**, Washington, v. 89, n 1, p. 01-51, 2020.

SOMA, John T.; RYNERSON, Stephen D. **Privacy law**. Saint Paul: Thomson West, 2008.

STEINBERG, Stacey. Sharenting: children's privacy in the age of social media. **Emory Law Journal**, Atlanta, v. 66, p. 839-884, 2017.

VOLOKH, Eugene. When Facts about another's life are also facts about your life. **The Volokh Conspiracy**, Local?, 07 jun. 2011. Disponível em: http://volokh.com/2011/06/07/when-facts-about-anothers-life-are-also-facts-about-your-life/. Acesso em 21 fev. 2021.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 4, n. 5, p. 193-220, 1890.

WOODHOUSE, Barbara Benett. "Out of children's needs, children's rights": the child's voice in defining the family. **Brigham Young University Journal of Public Law**, Provo, v. 8, n. 2 p. 321-341, 1994.

11. APLICAÇÕES DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E EXPERIÊNCIAS REGULATÓRIAS NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

 https://doi.org/10.36592/9786554600668-11

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet[1]

1. Notas introdutórias

A acelerada transformação do que se designa mundo real, sobretudo em razão do acréscimo das potencialidades advindas com a virtualização da vida cotidiana, acarretou e acarreta condições antes impensáveis. E, destarte, impregnam e impactam o cotidiano[2]. Merece relevo a afetação à cultura, de modo geral[3], sendo de particular relevância o que se altera a olhos vistos no que concerne ao alcance da eficácia dos direitos humanos e fundamentais, sobretudo tendo em vista as atuais modalidades de vulnerabilização da pessoa humana[4]. De fato, nesse panorama em aberto, o termo vulnerabilidade ganha em sentido em face de contextos de hipervigilantismo baseados nos pilares da economia da atenção[5].

Vale reforçar que, enquanto o termo virtualização evoca a ideia de potência que é própria da vida, o termo "digitalização"[6], diga-se de passagem, refere-se inicialmente apenas às tecnologias da informação e da comunicação (doravante

---

[1] Advogada, graduada e mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC), doutora em Direito pela Universidade de Augsburg (UNIA- Alemanha), pós-doutora em Direito pela Universidade de Hamburg (Alemanha) e pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), especialista em neurociências e ciências do comportamento pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), professora dos cursos de graduação, mestrado e doutorado (PPGD) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. (PUCRS). Pesquisadora produtividade CNPQ gabriellebezerrasales@gmail.com

[2] NOBLE, Safiya Umoja. *Algoritmos da opressão*: como o Google fomenta e lucra com o racismo. Tradução: Felipe Damori. São Paulo: Rua do sabão, 2012, p. 68-69.

[3] PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. *Inteligência artificial e direito*. Curitiba: Alteridade, 2019, p. 44.

[4] LOUREIRO, Bernardo Pacheco. *Publicadores de dados*: da gestão estratégica à abertura. São Paulo: Open Knowledge Brasil, 2021. p. 12; CRAWFORD, Kate; SCHULTZ, Jason. Big data and due process: Toward a framework to redress predictive privacy harms. *BCL Rev*., v. 55, p. 93, 2014. Disponível em: https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol55/iss1/4. Acesso em: 04 mar. 2022.

[5] HABERMAS, Jürgen. *Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik*. Berlin: Suhrkamp, 2022.

[6] HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Inteligência artificial como oportunidade para a regulação jurídica. *Direito Público*, Porto Alegre; Brasília, n. 90, nov./dez. 2019, p. 16-18.

TICs), específicas, que processam dados digitais e às infraestruturas (software e hardware) criadas para as tecnologias digitais. Por outro lado, importa adiantar, este estudo refere-se preponderantemente à algoritmização como um termo chave para o melhor entendimento do estado atual permeado pelo emprego de aplicações de inteligência artificial (doravante IA).

Por certo, essa terminologia que, de todo modo, atualmente permeia o senso comum, expressa uma radical mudança nas condições de vida desencadeada pela sua ampla utilização, em caráter sutil, pervasivo e disruptivo, multiplicando-se em soluções tecnológicas aplicáveis às precariedades e aos problemas, por vezes, considerados crônicos, v.g., fome, devastação ambiental e crise enérgica, sendo igualmente notável no que toca à saúde e à alocação de recursos esparsos, bem como em forma de módulos para novos sistemas de vigilância encetados por empresas privadas e por agências governamentais[7].

Diante disso, deve-se reafirmar, que o tempo e o espaço como fronteiras e dimensões outrora imprescindíveis para a existência humana foram destituídos de sua natureza absoluta. Afetada igualmente foi a ideia de livre desenvolvimento da personalidade que, na medida da sua essência enquanto um direito humano e fundamental, passou a ser revisto em uma indissociável parelha com a inovação[8]. Assim, tanto a inteligência, a consciência, quanto a autonomia foram reposicionadas no léxico cultural em face dos inúmeros empregos dos juízos maquínicos, impactando a vida humana e implicando em um novo ecossistema que, necessariamente, carece de emolduramento ético e jurídico apropriado [9] e, consequentemente, de regulação.

Em termos gerais, tendo em vista o potencial, positivo e/ou negativo, a ser aferido nas próximas décadas, o elemento central nesse debate é o uso de *Big Data*, conectando diretamente as tecnologias digitais, a IA, a privacidade e a proteção de

---

[7] DI FABIO, Udo. *Grundreschtsgeltung in digitalen Systemen*: Selbstbestimmung und Wettbewerb im Netz. München: C.H. Beck, 2016, p. 44-45; V. ainda BIONI, Bruno; MARTINS, Pedro. *Devido processo informacional*: um salto teórico-dogmático necessário? Disponível em: https://brunobioni.com.br/wp-content/uploads/2020/08/Ensaio-Devido-ProcessoInformacional 1.pdf. Acesso em 02 mar 2022.

[8] TOURINHO LEAL, Saul. *Direito à inovação*: a vida nas cidades inteligentes. 2ed. São Paulo: Migalhas, 2020, p. 64.

[9] MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. *Direito Público*, Porto Alegre; Brasília, n. 90, nov./dez. 2019, p. 42-43.

dados pessoais, com impacto direto e indireto sobre a vida no planeta e sobre o catálogo dos direitos humanos e fundamentais em vigor. Em razão disso, a discussão acerca dos modelos regulatórios toma a dianteira na agenda dos parlamentos e merece uma atenção especial no Brasil em razão do vácuo legislativo e das especificidades nacionais.

Adverte-se ainda que a utilização de algoritmos passou a ser lugar comum na medida em que a tomada de decisão para situações tanto banais quanto essenciais encontra-se sendo delegada às máquinas ditas inteligentes, cuja suposta neutralidade "ultrapassam" a subjetividade e a emocionalidade, tipicamente humanas, gerando ganhos em termos de assertividade, de eficiência, de acurácia, de lucratividade, de produtividade, de segurança e de ordem[10]. Daí, torna-se evidente afirmar que já não há espaços para decisões emocionais ou intuitivas quando se pensa a partir do contexto atual.

Nessa altura é preciso ter em mente, porquanto já mencionado, que não se trata apenas de um conjunto de inovações tecnológicas que vem emergindo, mas, de profundas inovações que provocam rupturas culturais[11]. Consiste, de fato, em uma banalização da uniformização de um modo de vida algorítmica, a qual se encontra permeada pelos dispositivos sóciotécnicos de IA voltados para a manutenção de um único modelo tecnológico hegemônico que tem na produção de informação o seu motor central para fortalecimento das estruturas de controle e para o infinito incremento dos lucros astronômicos das Big Techs.

A propósito, para além dos modos tradicionais de governança amplamente utilizados no mercado, o controle baseado em algoritmos está cada vez mais sendo adicionado como um novo tipo de modo de governança - a esse respeito, oportuno mencionar também *Algorithmic Regulation* e/ou *Algorithmic Governance*. Interessa lembrar, por oportuno, que o mesmo se dá na esfera do poder público, ou seja, uma governança digital sustentada por *Big Data*[12], IA e algoritmos, sobretudo após a

---

[10] BROWNE, Simone. *Dark Matters: On the Surveillance of Blackness*. Duke University Press, 2015, p. 10.

[11] HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital*: desafios para o direito. 2. ed. Rio de janeiro: Forense, 2022, p. 98

[12] Cinco características são frequentemente utilizadas para identificar Big Data: os cinco "Vs":1 - As possibilidades de acesso a enormes quantidades de dados digitais ("High Volume"); 2 - Diferentes tipos e qualidade de dados, assim como diferentes formas de coleta, armazenamento e acesso ("High

entrada em vigor da Lei 14.129/21[13], a qual, dentre outras disposições, assume a IA como instrumento para a governança digital[14].

Tendo como premissa de que governamentalidade algorítmica implica em escrutínio, a investigação de caráter exploratório, mediante pesquisa bibliográfica e método hipotético-dedutivo, foi estruturada em torno de alguns textos e fontes representativas, com uma série de acréscimos e achados, ajustes na estrutura e conteúdo e considerações pessoais, além de recurso a outras fontes bibliográficas e legislativas que formatam o cenário internacional, mas, particularmente o brasileiro. O objetivo, muito modesto, é o de identificar e explorar alguns aspectos que dizem respeito à íntima, mas altamente complexa e impactante conexão entre a IA e os Direitos Humanos e Fundamentais à luz do sistema jurídico brasileiro erigido a partir de 1988, especialmente em uma análise que seja convergente com o teor da LGPD[15] (Lei 13.709/2018) e do PL 2338/2023 que versa sobre o Marco civil da IA[16].

Intenta-se, deste modo, contribuir, convergindo esforços acadêmicos, para o atual debate acerca das experiências regulatórias dos módulos de IA no cenário doméstico, apresentando alguns pontos de reflexão e pautas de soluções, vez que

---

Variety"); 3 - A alta velocidade do seu processamento ("High Velocity"); 4 - O uso da inteligência artificial em particular torna possível novas e altamente eficientes formas de processamento de dados, bem como a verificação de sua consistência e garantia de qualidade ("Veracity"): 5 - Além disso, os Big Data são objeto e base de novos modelos de negócios e de possibilidades para diversas atividades de valor agregado ("Value").

[13] Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021. *Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública e altera a Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), a Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, e a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14129.htm. Acesso em 22 mai 2022. Deve-se, ainda que sinteticamente, ponderar acerca de alguns dispositivos da Lei 14.129/2021, bem como do Decreto 10.900, de 17 de dezembro de 2021. *Dispõe sobre o Serviço de Identificação do Cidadão e a governança da identificação das pessoas naturais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e altera o Decreto nº 8.936, de 19 de dezembro de 2016, o Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020, e o Decreto nº 9.278, de 5 de fevereiro de 2018*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/d10900.htm. Acesso em 27 ago 2023.

[14] HOFFMANN-RIEN, Wolfgang. Inteligência artificial como oportunidade para a regulação jurídica. *Direito Público*, Porto Alegre; Brasília, n. 90, nov./dez. 2019; CELLA, José Renato Gaziero; COPETTI, Rafael. Compartilhamento de dados pessoais e a administração pública brasileira. *Revista de Direito, Governança e Novas tecnologias*. Maranhão, v.3, p. 39-58, jul/dez, 2017.

[15] Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm Acesso em 22 ago 2023.

[16] Senado Federal. Projeto ne Lei n° 2338, de 2023. *Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial*. Disponível em: www.legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9347622&ts=1692285382471&disposition=inline&_gl=1*a0r2mo*_ga*MTMzMzAwODcyNS4xNjQ4NDE5MDc2*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5MjczMzgzOS44LjEuMTY5MjczMzg3Ny4wLjAuMA. Acesso em 22 ago 2023.

se entende que a regulação é um instrumental nuclear para identificar e potencializar os benefícios, assim como para mitigar os riscos no emprego de IA e, porquanto, concretizar um ambiente em que a inovação seja intrinsecamente alinhada ao teor dos direitos humanos e fundamentais consagrados no sistema normativo pátrio.

2. IA – Pontos de convergência ontológica

As diversas aplicações de IA possuem, em seu atual estado, a capacidade para produzir algumas modalidades de juízos de valor. E, em alguma medida, agir de modo autônomo. Exemplarmente, pode-se citar a atual onda de módulos de IA generativa para uma ideia do que aqui se analisa. Tem, de mais a mais, em razão da inexistência de autonomia completa, a natureza de agente, isto é, são criadas e atuam de forma emulatória em função de problemas que lhes são propostos, engendrando soluções tecnológicas de caráter matemático e discursivo, tomando, em regra, dados como matéria prima[17].

No capitalismo de dados, interessa relembrar que os dados pessoais sensíveis, sobretudo os biométricos, que podem gerar informações psíquicas, se tornam cada vez mais valiosos mediante a extração de valor proveniente de mecanismos automatizados[18]. Ressalta-se que dado e informação não são termos sinônimos, vez que um é o elemento essencial para a produção da outra. Assim, informação é sempre contextual, produzida mediante uma moldura, forjada a partir de critérios lógicos em uma arquitetura informacional mais ou menos sofisticada.

Inteligência, deve-se enfatizar, cada vez mais deixa de ser tomada como um atributo exclusivamente humano para servir na caracterização de alguns artefatos e de máquinas. A IA, deve-se reconhecer, consiste em uma criação algorítmica destinada a cumprir finalidades determinadas e especificadas com base no

---

[17] SALES, G. B.; MOLINARO, C. A. Questões tecnológicas éticas e normativas da proteção de dados pessoais na área da saúde em um contexto de big data. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 13, p. 183-213, 2019, p. 185.

[18] Para melhor entender as possibilidades de agravos à saúde física e psíquica das pessoas, cf: Corte Suprema de Santiago. *Rol N° 105.065-2023*. Sentencia de nueve de agosto de dos mil veintitrés. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1wX2fUrBDTl3B1W_IK_DUO CC7neQS6Hhu/view. Acesso em 21 ago 2023.

recebimento/tratamento de dados que, em geral, são objetivos e estruturados para gerar resultados igualmente objetivos.

Desta feita, percebe-se uma tendência a uma espécie de padronização de um modelo de inteligência que tende a ser tomado como o único, excluindo de forma inapelável todas as demais expressões de inteligência que podem e devem compor um quadro inclusivo, justo e intergeracionalmente responsivo. Basicamente, para uma cartografia mais adequada, o *boom* da IA, após dois períodos invernais, deve-se ao equacionamento de avanço exponencial de capacidade computacional e dos grandes volumes de dados disponíveis.

Ao tempo em que se constata a distinção entre inteligência, consciência e autorreferenciação, afirma-se que a IA atua como uma série de estratégias de performance voltadas para aplicações específicas, principalmente destinadas para o mercado que adensa a ruptura do globo em norte e sul em um molde tecnopolítico, mediante a delegação de funções que envolvam repetição, padronização e volume.

Então, além disso, possui suporte para executar, em certa medida, algumas funções cognitivas, e.g., memória, linguagem e planejamento. Dito de outra maneira, a evolução na capacidade de integrar artificialmente as funções cognitivas, bem como a complexidade dos sistemas são elementos essenciais quando se trata da tentativa de conceituar a IA, a despeito de uma falta de pacificação de um conceito único nessa área.

Entende-se, com isto, que a inteligência artificial, na medida em que consiste em mais uma espécie de tecnologia deve estar a serviço do ser humano para, em sua atuação, auxiliá-lo no desafio emancipatório de viver como o principal protagonista no momento atual e no futuro e, então, deve estar alinhada ao fortalecimento de uma circuitaria emocional que favoreça uma vida mais livre, responsável, solidária e autônoma apesar do atual contexto instável, incerto, volátil e complexo[19]. Desse modo, um dos pontos mais desafiadores é deixar clara a perversa tentativa cada vez mais bem-sucedida por parte das grandes plataformas e corporações de ampliar e aprofundar a desigualdade e de tornar a obsolescência humana algo inevitável.

---

[19] NIDA-RÜMELIN, Julian. *Digitaler Humanismus:* Eine Ethik für das Zeitalter der künstlichen Intelligenz. München: Piper, 2018.

A artificialização da inteligência, deve-se sublinhar, tem como suporte o uso de máquinas que, mediante o armazenamento, o tratamento e o compartilhamento de dados passam a encetar algumas ações de reconhecimento, de perfilhamento, dentre outras, que, produzem processos de natureza decisória equiparáveis ou, em certo sentido, superiores aos humanos[20]. Para tanto, destaca-se *machine learning* e *deep learning* como sendo subáreas da IA que, em suma, possuem a aptidão para detectar padrões de forma automática, utilizando-os para produzir uma prognose e, assim, atuar em processos decisórios, mormente a presença de aspectos técnicos que melhor alinhavam velocidade e acurácia sob o apanágio da super eficiência.

A inteligência, nesse caso, se refere, destarte, a uma capacidade de, por meio da tecnologia, se alcançar panoramas informacionais muito além dos outrora conhecidos e, em decorrência disso, introduz outros critérios de tomada de decisão outrora desconhecidos ou negligenciados em função da absoluta incapacidade do cérebro humano, em sua conformação atual, de alcançar padrões de armazenamento ou de velocidade comparáveis aos que tipicamente são atribuídos aos computadores e algoritmos de última geração[21].

Panorama que consiste, sem dúvida, em uma série de conjugações de natureza empírica que foram sendo testadas em distintos ecossistemas nos últimos anos e que, à vista disso, tem origem e relação direta com o período do pós-guerra, com mecanismos de controle e de vigilância em uma incontestável sintonia fina com as transformações do mercado e, por assim dizer, do capitalismo de dados e/ou de plataforma que, por sua vez, ancora-se em uma sofisticada economia psíquica de estratégias de indução de comportamentos humanos para a manutenção das estruturas de poder.

Destaca-se, então, que assim como o cérebro humano se reorganiza no processo de aprendizagem, há uma espécie de reorganização algorítmica subjacente quando se aprecia a relação chamada de IoT (Internet das coisas) e igualmente no que concerne ao emprego de *machine learning* (aprendizado de máquina). Nessa

[20] BÄCHLE, Thomas Christian. *Digitales Wissen, Daten und Überwachung*: zur Einführung. Hambug: Junius, 2016, p. 158.
[21] RYDLEWSKI, Carlos. Computação sem fronteiras. *Caldeirão de Ideias*, [s.l.], [201-]. Disponível em: https://caldeiraodeideias.wordpress.com/2010/07/02/computacao-sem-fronteiras/. Acesso em 10 dez 2021.

altura, interessa realçar que algumas técnicas de IA podem, v.g., mimetizar o funcionamento cerebral. Na aprendizagem por reforço, à guisa de exemplo, um sistema de IA aprende a otimizar a função de recompensa, reforçando-a de forma a aumentar a probabilidade de recorrência.

Em face disso a assim chamada *Big Data Analytics* é de particular importância para a avaliação de dados e para a expansão das possibilidades de uso de dados, especialmente com a ajuda da inteligência artificial[22].

A propósito, há uma constelação de áreas do conhecimento que contribuíram e continuam sendo demandadas a contribuir quando se trata de desenvolvimento, de monitoramento, de regulação e de emprego de IA, valendo mencionar a matemática, a filosofia, a neurociência, a estatística, a linguística e o Direito, vez que a IA, termo guarda-chuva, inclui tarefas complexas como aprendizagem, raciocínio, planejamento, compreensão de linguagem e robótica. Para além disso, é fato que há uma consolidação do emprego de IA em todas as áreas, inclusive aquelas em que sequer há um mínimo indício de sua presença, perpassando pelo sistema financeiro e o funcionamento dos semáforos em uma cidade.

Nessa sequência, deve-se lembrar que três diferentes procedimentos analíticos são utilizados de modo central para diferentes fins, a análise descritiva, a análise preditiva e a análise prescritiva. A análise descritiva é utilizada para peneirar e preparar o material para fins de avaliação. Um campo de exemplo é o uso de *Big data* para "*Data Mining*" e para registro e sistematização dos dados (especialmente priorização, classificação e filtragem).

A análise preditiva - busca identificar tendências de desenvolvimento e padrões de comportamento a fim de prever comportamentos futuros e, com base nisso, ser capaz de tomar decisões na forma de Tomada de Decisão Automatizada

---

[22] PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. *Inteligência artificial e direito*. Curitiba: Alteridade, 2019, p. 33. "A IA, como subárea da Ciencia da Computação, ao buscar mecanismos de simulação de parte da inteligência humana, necessita do desenvolvimento de algumas habilidades. Essas habilidades são definidas por algumas perguntas: 1) Como reconhecer objetos?; 2) Como converter sons em palavras e vice-versa?; 3) Como extrair sentido da linguagem e transmitir significado por meio de sentenças geradas?; 4) Como ordenar informações de uma forma pratica?; 5) Como combinar pedaços de informações para alcançar conclusões?; 6) Como programar uma sequencia de ações para cumprir determinado objetivo e ter certeza de que ela foi bem executada? Essas respostas e, portanto, as habilidades são especialmente fornecidas pela *computer vision; speech recognition; reasoning; planning*."

(ADM). Assim, visa às recomendações de ação, a fim de utilizar conhecimentos descritivos e preditivos para atingir objetivos específicos, tais como seleção personalizada em preços ou estratégias e táticas para influenciar atitudes e comportamentos. Interessa assinalar que, em vista disso, pode prever falhas, otimizar processos, alocar recursos e evitar desperdícios.

Em síntese, as tecnologias cognitivas se referem aos sistemas inteligentes capazes, por seu turno, de aprender e de tomar decisões não estruturadas e não programadas previamente. Na prática, a atuação algorítmica ocorre a partir de cálculos probabilísticos, resultando da multiplicação de um vetor de entrada com milhões de parâmetros cujos valores foram engendrados mediante treinamento.

Saliente-se ainda que algoritmos são condicionados a um determinado fim a ser alcançado e, portanto, são produzidos originalmente a partir de uma concepção de mundo por meio da qual interpretam o entorno. Deste modo, enfatize-se que, na sua qualidade de artifício, não podem, em hipótese alguma, serem tomados como neutros. Ainda aqui seja um ponto de destaque a constatação de que os *inputs* que alimentam os sistemas podem e devem ser alvo de políticas de desenviesamento, pena *outputs* discriminatórios, inconstitucionais e, desta feita, injustos.

Dentre os diversos desafios advindos com o aumento exponencial dos usos de IA que singulariza a tecnocracia do século XXI, distingue-se que, em se tratando de uma multiplicidade de tecnologias, v.g., sobressai o problema que toca nos limites éticos e jurídicos da utilização das máquinas autônomas[23]. Nesse espectro, superior atenção deve ser dada ao emprego de IA em armas autônomas que forjam novos parâmetros de desestabilização da paz mundial. Outro aspecto relevante que se torna cada vez mais urgente se refere ao uso de IA generativa para a produção de armas químicas e em campanhas de desinformação.

De mais a mais, há uma franca expectativa de que a IA seja cada vez mais utilizada para o desenho do presente e do futuro, evidenciando-se o emprego em larga escala de *machine learning, deep learning*, aprendizado por reforço, robótica,

---

[23] OLIVEIRA, Samuel de. *Sorria, você está sendo filmado*: repensando direitos na era do reconhecimento facial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 38.

visão computacional, processamento de linguagem natural, teoria dos jogos algorítmica, IoT e computação neuromórfica[24].

Nesse sentido, ainda merece grifo o fato de que, do volume dos dados produzidos e em expansão, apenas um baixo percentual se encontra estruturado e, portanto, é, de fato, utilizado[25]. E, ainda digna de nota, é a ideia de que a grande maioria dos dados produzidos são praticamente advindos dos últimos anos, bem como o fato de que a capacidade computacional, a miniaturização dos chips, assim como o volume de dados, tende a continuar em estado expansivo.

Assim, há um amplo campo no que toca ao emprego de IA que se desdobra de forma contínua, generalizada e sem precedentes a despeito dos impactos, v.g., no gasto energético ou na afetação ao meio ambiente. Por ora, atenta-se de modo ainda mais preponderante para a potencialidade de geração de protagonismo humano ou, à guisa de alerta, uma necessidade premente de discussão acerca da vulnerabilização e da submissão das pessoas em uma modalidade de encabrestamento tecnológico.

Para melhor compreensão, percebe-se o atual momento das aplicações de IA intrinsecamente ligado ao surgimento e ao funcionamento dos *Big data*, vez que, como se constata, a quantidade de dados disponíveis vem mantendo um crescimento exponencial. De fato, cumpre adiantar que não há um significado *a priori* nos dados armazenados, de sorte que é o tratamento, ou seja, a algoritmização que lhes é submetida que resultará em informações, perfis, decisões etc. Os dados, em vista disso, são coletados do mundo fenomênico, fragmentos parciais da realidade, o que, em regra, impossibilita inferências indutivas.

Em razão do adensamento de emprego de IA no cotidiano, algumas máquinas, e.g., os carros autônomos, passaram a ser fonte de questionamentos voltados para o estabelecimento de limites regulatórios para a sua responsabilização e, deste

---

[24] PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. Inteligência artificial e direito. Curitiba: Alteridade, 2019, p. 81.

[25] HENNING, Klaus. *Smart und digital*: wie künstliche Intelligenz unser Leben verändert. Berlin: Springer, 2019. p. 24.

modo, acerca do reconhecimento de novas formas de personalidade aplicáveis, de modo geral, aos robôs, aos computadores e, especificamente, aos algoritmos[26].

De qualquer sorte, atualmente, entende-se que a personalização não seria elemento essencial para a responsabilização, sendo ainda muito crítica e pantanosa a construção de uma doutrina civilística consistente sobre essa temática[27]. Dentro dessa moldura é possível apostar em um quadro de grandes transformações da plataforma das capacidades no direito civil, contudo ainda há muita incerteza nesse sentido.

Desta maneira, outro elemento primordial que tem sido colocado no radar se refere ao uso preditivo e generativo da IA que requer uma espécie de baliza adequada para que o ser humano possa impedir a supremacia da máquina e, consequentemente, à chamada "Ditadura de dados"[28].

A IA generativa, diga-se de passagem, põe novos elementos para uma análise mais acurada do futuro e impõe novos deveres de cuidado tanto por parte do Estado quanto da sociedade civil. Não custa lembrar que dentre os riscos dessa expressão de IA já se pode identificar, e.g., a capacidade de esses sistemas serem usados em campanhas de desinformação; graves violações de proteção de dados pessoais, especialmente dados de vulneráveis, de idosos, de crianças e de adolescentes; violações de direitos de propriedade intelectual e industrial; uso abusivo do conhecimento de povos tradicionais, causando etnocídios culturais em grande escala; geração de conteúdo racista, misógino e sexista; expressivo gasto energético e consumo de recursos naturais; possibilidade real de facilitar a codificação de ferramentas para ataques cibernéticos ou bioquímicos; falhas de cibersegurança que têm produzido vazamentos significativos de dados. Ainda deve-se relembrar a possibilidade do emprego de IA generativa se tornar causa de expansão ou, de outra banda, de afetação das capacidades cognitivas humanas.

---

[26]O'NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa*: como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Rafael Abraham (Trad.). Santo André: Rua do Sabão, 2020, p. 56-57.

[27] LIMBERGER, Têmis. *Cibertransparência* – Informação pública em rede – A virtualidade e suas repercussões na realidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, vol. 1, 2016, p. 32.

[28] O'NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa*: como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Rafael Abraham (Trad.). Santo André: Rua do Sabão, 2020, p. 250-251.

Portanto, dentre alguns aspectos nocivos que embasam e até justificam o emprego irreflexivo dos algoritmos, afirma-se como algo a ser analisado e enfrentado a neutralidade apriorística e a recorrente opacidade, bem como a ausência de explicabilidade, de auditabilidade e de justificação[29]. Trata-se, com efeito, de uma ferramenta, cujas potencialidades ainda não foram inteiramente diagnosticadas, vez que, em si, reflete como um espelhamento uma das mais profundas aptidões humanas, ou seja, a criatividade[30]. Por outro lado, igualmente espelha e potencializa as piores mazelas humanas.

Diante disso, a despeito do estágio atual ainda ser bastante precário em termos de regulação de IA, já se aponta para a exigência de utilização de IA robusta, segura, ética e confiável por parte do setor privado, mas, sobretudo, do setor público. Para além disso, urge a reafirmação do corolário dos direitos de transparência, de cognoscibilidade, de explicabilidade, de revisão, de oposição e, na qualidade de elemento central, direito à proteção de dados pessoais, dentre outros, como o direito ao devido processo informacional em consonância direta com a autodeterminação informativa.

Ou seja, na medida em que os impactos e os riscos ultrapassam as condições de intervenção do poder estatal e do âmbito de atuação de diversos organismos internacionais, entende-se que, para a garantia das conquistas civilizatórias, a opacidade deve ceder espaço à transparência, à auditabilidade, à cognoscibilidade, à oponibilidade e à compreensibilidade[31]. Assim, em um panorama informacional dessa ordem, o escrutínio, a inclusão, a antidiscriminação, a separação informacional e a participação solidária e responsável devem ser cruciais e inalienáveis.

Assenta-se, para aprofundar o debate, que, em rigor, o que se observa é que a IA funciona a partir da dinâmica de produção/criação/programação de algoritmos que, discursivamente, implementam formas de resolução de problemas e,

---

[29] CALIENDO, Paulo. *Ética e inteligência artificial*: da possibilidade filosófica de agentes morais artificiais. Porto Alegre: Fi, 2021, p. 50.
[30] RICHARDS, Neil M.; SMART, William, D. *How should the law think about robots*? 10/05/2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2263363 Acesso em 22 mai 2022.
[31] NOBLE, Safiya Umoja. *Algoritmos da opressão*: como o Google fomenta e lucra com o racismo. Tradução: Felipe Damori. São Paulo: Rua do sabão, 2012, p. 68-69.

oportunamente, têm instaurado novos parâmetros para a cognição e para a decisão, ora incluindo ora excluindo o agente humano. E, de qualquer sorte, não se pode olvidar, tal qual mencionado, que a natureza nuclear dos algoritmos de IA ainda é amplamente entendida como a de agente a despeito dos que ainda propagam e cultuam a singularidade. Destarte, compatível com o regime democrático é sempre uma ampla discussão tanto sobre os fins quanto os meios a serem utilizados na resolução de problemas coletivos.

Em rigor, o que não se pode desconsiderar, em vista do que já se analisou, é que o rol de condutas em um ecossistema balizado pelo binômio *Homem-máquina* envolve a rígida parametrização por meio da responsabilidade, da solidariedade para o devido gozo da liberdade, da dignidade e da autonomia, dentre outros parâmetros e limites, especialmente advindos da concretização do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e condizentes com o mandamento constitucional e com as diretrizes internacionais. Esse enquadramento que envolve o ser humano em relação às novas tecnologias pode e deve se projetar e apontar para um outro modo de utilização e, especialmente, de correlação/cooperação e de regulação/regulamentação. Relevante, nesse sentido, é partir do pressuposto que há e deve ser preservada uma diversidade tecnológica que assegure a ruptura da hegemonia tecnocrática.

Em face do exposto, muitos pontos inquietantes ainda sobejam, sobremaneira no que toca, v.g., à forma de jurisdição aplicável em casos de apuração de danos causados por IA; às afetações em termos de privacidade, em particular, e, de forma mais ampla, aos direitos referenciados pela autodeterminação informativa e proteção de dados pessoais. Igualmente inquietante é estabelecer parâmetros de estruturas regulatórias que impulsionem a inovação, aliando-se ao desenvolvimento humano e à preservação do planeta.

Torna-se, dessarte, desafiadora a análise do atual contexto em face da urgência no reconhecimento e na afirmação de patamares normativos extraterritoriais, em uma dimensão multinível, que impliquem cada vez mais em práticas de colaboração de escala global voltadas para a diagnose das externalidades, inibindo, mitigando e enfrentando as de caráter negativo. Enfim, há diversos pontos inquietantes e ainda em aberto que circundam a ideia de uma

perfectibilização algorítmica em padrões democráticos e alinhados aos de segurança, de confiabilidade, de justiça, de liberdade, de dignidade e de cidadania.

Dentre eles, no Brasil, deve-se mencionar a falta de definição de uma agenda de privacidade e de deveres no âmbito da cibersegurança que alcancem temas como a separação informacional dos poderes do Estado, a efetiva proteção de crianças e adolescentes, o enfrentamento e o combate à divisão digital e ainda a composição de balizas protetivas para a transferência internacional de dados. Além, claro, da necessidade de produção legislativa apropriada à necessidade de inovação, à demanda social, sendo constitucionalmente adequada.

Com isto, face ao contexto informacional que se expande em proporções desmedidas tendo como principal *commodity* os dados, urge empreender e assegurar a devida proteção da pessoa humana, dentro e fora do ambiente digital. Por outro lado, intenta-se demonstrar que a proteção de dados pessoais formata o que se pode considerar como a pedra angular de um sistema jurídico protetivo, inclusivo, confiável, seguro e responsivo adequado à realidade contemporânea e compatível com o Estado democrático de Direito. Em síntese, o sistema de proteção de dados pessoais ainda carece de uma nova onda de aprofundamento, de concretude e de expansão compatíveis com o atual contexto tecnológico de modo a suportar e ancorar a regulação da IA no ecossistema nacional.

3. A regulação de módulos de IA no Brasil

Desde 2015, por meio da alteração constitucional advinda com a emenda 85, os dispositivos dos artigos 218 e 219 da Constituição Federal de 1988 (doravante CF/88) perfazem a essência do arcabouço da regulação tecnológica no Brasil, inclusive mediante a instituição do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação. O Estado brasileiro, consoante ação coordenada com o setor privado se compromete com o dever de respeitar, de proteger e de incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

No cenário brasileiro, a inovação e o desenvolvimento, dentre outros direitos fundamentais, estão consagrados no cerne do sistema jurídico. Assim, a pesquisa científica básica e tecnológica, nos termos da CF/88, receberá tratamento prioritário

tendo em vista a solução dos problemas brasileiros e o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional. Pontue-se o dever do Estado brasileiro em apoiar e estimular as empresas que invistam na formação de recursos humanos e, nesse sentido, pratiquem políticas remuneratórias justas e inclusivas, contrariando o risco da obsolescência humana.

A despeito disso, o Brasil destacou-se nessa área, dentre outras coisas, pelos mega vazamentos de dados, apesar dos avanços surgidos desde o Marco civil da Internet e da própria LGPD, bem como dos vácuos persistentes na área da tecnologia. De qualquer sorte, pode-se sublinhar a tramitação do PL 21/20[32] que intentava criar o marco legal do desenvolvimento e uso da Inteligência Artificial com princípios, direitos, deveres e instrumentos de governança. O processo legislativo que, nesse caso, ocorreu de modo célere, em regime de urgência e destituído de participação popular, possuía traços marcadamente principiológicos.

Dentre as novidades o PL projetava a figura do Agente de IA que seria composta pelos agentes de desenvolvimento ("todos aqueles que participam das fases de planejamento e *design* [...] do sistema") e os agentes de operação ("todos aqueles que participam da fase de monitoramento e operação do sistema"), estabelecendo deveres e obrigações que deveriam ser observadas, instituindo, dessa forma, um sistema de responsabilização pelas decisões tomadas por um sistema de IA.

Assim, a partir de uma espécie de análise arqueológica, pode-se mencionar que o PL estabelecia os direitos das partes interessadas – aquelas afetadas pela operação dos sistemas – nas esferas público e privada, que poderiam arguir a defesa de seus direitos "em juízo, individual ou coletivamente, na forma do disposto na legislação pertinente", bem como ter o direito de acesso às informações de critérios e de procedimentos utilizados pelo sistema, incluindo a utilização de dados sensíveis em acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

No âmbito da sustentabilidade, v.g., o PL descrevia em seu artigo 3º que a interpretação da norma deveria se fundar na inovação, no aumento da

---

[32] Projeto de Lei n. 21/2020. *Estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928. Acesso em 21 mai 2022.

competitividade, no crescimento econômico sustentável e inclusivo e na promoção do desenvolvimento humano e social. Do artigo 6º extraia-se que a utilização da IA deveria ter como um de seus princípios a busca por resultados benéficos para as pessoas e para o planeta na promoção do desenvolvimento sustentável.

Ainda acerca do teor do artigo 6º, sobretudo do que tocava ao inciso VI, houve a restrição da responsabilidade dos agentes de IA à esfera subjetiva, considerando-se a efetiva participação dos mesmos para a consecução do dano. Em razão disso, pode-se perceber não somente uma discrepância com o regime de responsabilidade civil instituído no Brasil a partir da CF/88, mas, de fato, uma espécie de retrocesso na medida em que a pessoa prejudicada, buscando reparação, suportaria o ônus da prova.

No que tange ao enviesamento da IA, o projeto de lei exigia a transparência e explicabilidade dos sistemas operacionais, de forma a garantir o seu pleno funcionamento e avalizar a conscientização das partes interessadas. Igualmente exigia que os sistemas se utilizassem das práticas técnicas e administrativas compatíveis com os padrões internacionais, possibilitando e garantindo "a rastreabilidade dos processos e decisões tomadas durante o ciclo de vida do sistema".

O PL, em outras palavras, pode ser considerado um ponto positivo nos esforços legislativos, mas, além de cometer equívocos, certamente deixava em aberto questões profundas e, em razão do açodamento com o qual foi produzido, emergiu a urgência e a inadiável necessidade de criação de espaços de debate público, multisetoriais, para uma produção normativa compatível com o sistema jurídico brasileiro e com as experiências exitosas no ambiente internacional.

Assim, a ideia é que, mediante uma regulação adequada, possam ser oportunizados itinerários de inovação e de desenvolvimento em que os sistemas de IA sejam aplicados de forma justa, ética e responsável, tornando-se ferramentas de fomento para a concretização do texto constitucionalmente erigido e promulgado há trinta e cinco anos.

Desta feita, a comissão de juristas instituídas pelo Ato do Presidente do Senado nº 4, de 2022[33], destinada a subsidiar a elaboração de minuta de substitutivo para instruir a apreciação dos projetos brasileiros que trata acerca da temática, contribuiu significativamente para a ampliação do debate no cenário nacional. O relatório final da CJSUBIA com mais de novecentas páginas foi fruto de um diálogo envolvendo mais de cinquenta especialistas, representando múltiplas áreas do conhecimento.

A minuta de substitutivo dos projetos brasileiros de IA resultou no Projeto de Lei n. 2.338, de 2023, de autoria do senador Rodrigo Pacheco. De antemão, cumpre dizer que se trata de uma proposta de regulação baseada no binômio riscos/direitos. A abordagem utilizada conjuga uma percepção escalonada dos riscos com uma modelagem regulatória baseada em direitos.

Já no seu artigo 2º é perceptível a afinação do manuscrito com o teor constitucional em vigor, mas, igualmente com o que se extrai da LGPD. De tal sorte, pode-se sublinhar que a ideia da garantia da centralidade da pessoa humana ocupa um ponto central. No que se refere ao artigo 3º tem-se uma robusta principiologia que parece convergir com relevante noção de que todo e qualquer módulo de IA tem um ciclo de vida preciso e, nessa perspectiva, deve ser delimitado em face da finalidade que se pretende alcançar. Atente-se aqui para a menção aos princípios da transparência, da explicabilidade, da inteligibilidade e da auditabilidade ao longo de todo o ciclo de vida de sistemas de IA, como meio de garantir o provimento de informações suficientes para a prestação de contas e atribuição de responsabilidades aos agentes de IA.

Para além disso, oportuno lembrar para uma melhor apreciação do teor do PL 2338 os seguintes princípios que necessariamente devem ser considerados: devido

[33] Ato do Presidente do Senado Federal n° 4, de 2022. *Institui Comissão de Juristas responsável por subsidiar a elaboração de minuta de substitutivo para instruir a apreciação dos Projetos de Lei nºs 5.051, de 2019, 21, de 2020, e 872, de 2021, que têm como objetivo estabelecer princípios, regras, diretrizes e fundamentos para regular o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil*. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/152136/pdf. Acesso em 27 ago 2023. Conforme se verifica do Relatório Final, os juristas e estudiosos da área de tecnologia não chegaram a um consenso acerca da conceituação de IA. Relatório Final. *Comissão de Juristas Responsável por subsidiar elaboração de Substitutivo sobre Inteligência Artificial no Brasil*. Brasília, 2022. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=2504&tp=4. Acesso em 27 ago 2023.

processo legal, contestabilidade e contraditório; rastreabilidade das decisões durante o ciclo de vida de sistemas de IA como meio de prestação de contas, responsabilização e reparação integral de danos; prevenção, precaução e mitigação de riscos sistêmicos derivados de usos intencionais ou não intencionais e efeitos não previstos de sistemas de IA; não maleficência e proporcionalidade entre os métodos empregados e as finalidades determinadas e legítimas dos sistemas de IA.

O PL 2338, em seu art. 4º, e.g., dispõe que um sistema de inteligência artificial é o "sistema computacional, com graus diferentes de autonomia, desenhado para inferir como atingir um dado conjunto de objetivos". O artigo prossegue esboçando uma definição ao citar o aprendizado de máquina "e/ou lógica e representação do conhecimento, por meio de dados de entrada provenientes de máquinas ou humanos". Além disso, também cita os objetivos de tais sistemas: "produzir previsões, recomendações ou decisões que possam influenciar o ambiente virtual ou real".

Há a vedação aos sistemas de IA de alto ou risco excessivo, como será melhor analisado adiante, e, de outra banda, a previsão de instrumentos de governança que, em conformidade com o que se extrai da LGPD em termos de RIPD (relatório de impacto à proteção de dados pessoais), intentam configurar meios de emprego de avaliação de impacto algorítmico (AIA) composta por: preparação, cognição de risco, mitigação dos riscos identificados e monitoramento.

Prefigura-se, então, como básico, vez que se tratam de arquiteturas informacionais extremamente sofisticadas, o direito à informação. Parte-se, então, da presunção de que estejam disponíveis de modo claro, proporcional e adequado aos usuários, as informações acerca dos sistemas de IA, de modo que se estabeleça previamente o modo de interação com o sistema, a descrição do módulo e de seu funcionamento, a finalidade de utilização e as possibilidades de repercussões para a pessoa humana.

Nesse sentido, o PL consagra o direito de oposição e de revisão de decisões, de recomendações ou previsões geradas por meio de aplicações de IA garantindo correspondência com a cartela de direitos e garantias já consagrados no ordenamento pátrio, particularmente com o direito à antidiscriminação, inclusive a partir de uma interpretação autêntica e expandida do conceito de discriminação.

O artigo 5º, por sua vez, dialoga com o artigo 20º da LGPD, expandindo-se em uma paleta de direitos para as pessoas afetadas por sistemas de IA de modo que, destaca-se, a redação do parágrafo único que institui o dever dos agentes de IA de prestar informações claras e acessíveis acerca dos procedimentos apropriados e necessários para a sua efetivação. Em uma confluência maior, ressalte-se que a transparência como premissa básica foi tomada para a proposição de estratégias de governança algorítmica. Para tanto, não custa relembrar que a governança algorítmica pode ser integrada por meio de: políticas públicas, marcos regulatórios, diretrizes éticas, negociação de auditoria e supervisão e colaboração entre diferentes partes e representantes da sociedade civil.

Diante disso, impende afirmar que a governança algorítmica busca assegurar que os algoritmos sejam acompanhados, implementados e aplicados de maneira ética, transparente, justa, solidária e responsável. Assim, garantindo que os algoritmos sejam compreensíveis e que as decisões tomadas por eles sejam explicáveis, estabelecendo mecanismos de controle e de monitoramento aptos para responsabilizar os atores envolvidos no desenvolvimento, na implementação e no uso, durante todo o seu ciclo de vida, incluindo as questões de viés algorítmico não facilmente identificáveis.

Entende-se que as estratégias de governança devem assegurar que os algoritmos respeitem a privacidade das pessoas, consonante com as leis e e os regulamentos de proteção de dados, devendo ser instrumentos de políticas públicas que não somente não perpetuem ou ampliem as desigualdades existentes, mas, sobretudo atuem afirmativamente em desenviesamento e, assim, promovendo a igualdade de oportunidades. E, nesse sentido, deve-se reafirmar, pautem como essencial a realização de avaliação e de monitoramento contínuo, permitindo ajustes e correções conforme necessário.

O artigo 7º, dessarte, ainda articula uma espécie de proteção das pessoas em face de sistemas de reconhecimento das emoções e ou de categorização biométrica, tratando da necessidade de adequação dos sistemas de IA e das informações acerca deles quando destinados a impactar a vida de grupos de pessoas vulneráveis. Já especificamente sobre a formulação de códigos de boas práticas e de governança, sobressai-se os dispositivos do artigo 30º, em particular no que se refere às

molduras para a implementação de programas de governança, vez que se atenta à necessidade de adaptação à estrutura, à escala, ao volume de operações dos agentes de IA, bem como seu potencial danoso, impondo que se estabeleça mecanismos de supervisão interna e externa.

Questão preponderante se refere à auditabilidade dos sistemas de IA e, dessa maneira, ainda sobejam dúvidas quanto à competência da autoridade, outros órgãos do poder público ou de outros setores da sociedade civil para realizarem um esquema de avaliações que, em síntese, devem verificar desde a existência e a compatibilidade da governança dos módulos, avaliando, por vezes, o algoritmo como forma de aferir sua precisão e acurácia e inexistência de vieses discriminatórios, avaliando inclusive os outputs quando pertinente e em concordância com a noção de governança participativa de IA. Para melhor entendimento ressalte-se o teor do artigo 32º que trata das competências da Autoridade a ser designada pelo Poder Executivo, sendo oportuno alertar para estreita relação dessa temática com o regime de proteção de dados pessoais e, em vista disso, com o papel da ANPD- Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

O emprego de módulos de IA no setor público tem se notabilizado e, diante dessa realidade, ainda restam em aberto a definição de parâmetros que, em princípio, devam estar sintonizados não somente com a CF/88, especificamente com o artigo 37º, mas, sobretudo com o que extrai da LAI – Lei de acesso à informação. Para tanto, impende uma participação ativa e transparente dos órgãos públicos no sentido de informar prévia, adequada e proporcionalmente aos cidadãos uma descrição dos sistemas, detalhando desde a finalidade, modo de funcionamento, espécie e quantidade de dados coletados, os níveis de compartilhamento com outras áreas/órgãos do Estado e as principais repercussões para os cidadãos.

Ainda devem ser esclarecidos os riscos, diretos e indiretos, bem como os potenciais, as estratégias de prevenção e de mitigação dos mesmos, sendo obrigatória a AIA (avaliação de impacto algorítmico) em caso de risco grave. Para uma medida de adequação aos deveres constitucionais, cabe ao poder público ainda informar acerca dos impactos energéticos e ambientais, informando e oportunizando ainda os mecanismos para pedidos de explicação, de revisão e, nesse escopo, garantindo as ferramentas para formalização da oposição. Uma boa forma seria

instituir em todos os órgãos públicos um setor específico que não se confundisse com as ouvidorias para tratar sobre o manejo adequado e constitucionalmente compatível dos sistemas de IA. Isso não parece ter sido tratado apropriadamente no PL 2338.

Bom, no que concerne à categorização de riscos, sobretudo quando se trata de alto, excessivo ou risco inaceitável, o PL dispõe de algumas diretrizes no artigo 17º, incisos XI e XII, particularizando o problema do emprego de IA para fins de investigação criminal e de segurança pública. Nesse caso, sobretudo em face da inércia do parlamento brasileiro em relação à LGPD penal e do potencial discriminatório, deveria ser tomado por inaceitável. De fato, o que se entende é pela inconstitucionalidade de medidas que autorizem o emprego de IA em policiamento preditivo e em casos de reconhecimento facial em espaços públicos.

A propósito, pode-se apontar uma lacuna no PL no sentido de não banir policiamento preditivo e o reconhecimento facial em locais públicos e, desta maneira, ir ao encontro das garantias constitucionais e, inclusive, de alguns cânones da proteção de dados pessoais assegurados na LGPD. O que não se pode prescindir é da proteção às pessoas tendo em vista a utilização de sistemas de IA que, se valendo de vulnerabilidades físicas, emocionais ou psicológicas, intenta manipular e distorcer condutas humanas mediante o reconhecimento de emoções ou de categorização biométrica. E, no caso, o artigo 14º já estabelece alguns parâmetros para a vedação de algumas aplicações de IA carecendo, em vista do que depreende desta análise, de aprofundamento e revisão.

Por fim, mas, não menos importante, o PL implica em regime de responsabilidade civil diferenciado e gradativo em razão da categorização de riscos. Os sistemas de IA de alto ou excessivo risco, e.g., respondem objetivamente pelos danos causados. Já em relação às IAs que não sejam de alto risco, reconhece-se a culpa presumida, aplicando-se a inversão do ônus da prova em favor da vítima. O que se infere é que ainda há muito a ser debatido nessa seara da responsabilidade civil e em outros pontos centrais de interesse relevante para a população brasileira. O PL 2338 levantou pontos de discussão, aprofundou temas que estavam na obscuridade, trouxe a regulação de IA para o centro do debate legislativo, mas,

decisões e consensos dessa envergadura carecem de tempo e de muito esforço para serem forjados, sobretudo em sociedades tão discrepantes como a brasileira.

Considerações finais

Parte-se da premissa de que, na perspectiva jurídico-constitucional, a ciência e a tecnologia, portanto também a IA e o uso de algoritmos, devem estar a serviço dos princípios fundamentais da ordem constitucional e dos direitos humanos e fundamentais. E, desse modo, implica em uma governança algorítmica orientada pelo Direito e emoldurada pelo catálogo dos direitos consagradas no sistema normativo pàtrio. Portanto, a análise/avaliação dos benefícios e dos impactos de riscos deve ser engendrada de tal sorte a compor um cenário em que a governança algoritmíca seja factível e compreensível para todos os cidadãos, incluindo os analfabetos, garantindo o protagonismo e a centralidade que se depreende do texto constitucional em vigor.

Não se pode descuidar que os princípíos e os direitos humanos e fundamentais operam, em especial no Brasil pós-88, como limites ao uso e, eventualmente, até à criação ou ao banimento de determinados tipos de tecnologia. De mais a mais, pode-se considerar que há avanços significativos no contexto brasileiro no que toca ao âmbito das chamadas novas tecnologias, particularmente às IAs, que são diretamente tocadas pelo tratamento de dados, destacando-se os dados pessoais. E, nesse sentido, pode-se dizer que há um saldo positivo nesses cinco anos desde a data da promulgação da LGPD.

Embora nao seja diretamente o objeto desse manuscrito, deve ser sublinhado que, em conformidade com o que foi outrora mencionado, à guisa de ilustração derradeira, o movimento de adesão do Brasil à OCDE- Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico[34] que vai acarretar, em síntese, em um novo padrão tecnológico, especialmente encetado a partir de módulos de IA, em várias áreas no ambiente doméstico. Assim, em razão das obrigações contraídas perante aquele organismo intrnacional, há mudanças relevantes e curso, dentro e

[34] A OCDE e o Brasil: Uma relação mutuamente benéfica. Disponível em: https://www.oecd.org/latin-america/paises/brasil-portugues/. Acesso em 27 ago 2023.

fora do mundo jurídico, particulamente no que concerne à regulação e ao *compliance*. Mencione-se, e.g., que a OCDE dispõe de uma série de relatórios e de guias orientativos que atuam como limites para o desenvolvimento e para a empregabilidade de sistemas de IAs que, a despeito de sua expressão principiológica, intentam projetar de modo efetivo as balizas técnicas, éticas e jurídicas para as tecnologias de IAs em todas as etapas de seu ciclo de vida.

Nesse sentido, espera-se que dessa iniciativa de adesão que o Brasil encete um movimento voltado para a afirmação de direitos humanos e fundamentais que, inclusive, já perfazem a parte essencial do ordenamento juridico nacional. Dentre os direitos aos quais se pode referir, merece ênfase o direito à protecao de dados pessoais que, exerce uma posição preponderante para a colmatação de um ecossistema confiável, seguro, equilibrado, isonômico, anti-discriminatório, inclusivo, responsivo, solidário e compatível com o Estado Democrático de Direito[35].

Entende-se, consequentemente, que erigir um sistema desse porte perpassa pela garantia da transparência, da auditabilidade, do escrutínio e da aferição dos impactos de riscos algorítmicos. Além disso, deve-se mencionar a repaginação de princípios como o da dignidade da pessoa humana e o da separação de poderes que ganham em sentido na sociendade informacional, bem como as garantias do devido processo, da ampla defesa e do contraditório que devem ser alvo de uma releitura à luz do constitucionalismo digital.

Imperativo afirmar que, sobretudo para uma maior conformidade com o catálogo de direitos e garantias fundamentais assegurado em 1998, a IA deve ser funcionalizada à pessoa humana, evitando e impedindo que suas potencialidades vitais e de livre desenvolvimento da personalidade sejam circunscritas ou mesmo limitadas às balizas excludentes, opacas, irreflexivas e discrimatórias que caracterizam algumas soluções tecnológicas atuais urdidas no cenário tecnocrático atual.

---

[35] The Toronto Declaration. *Protecting the right to equality and non-discrimination in machine learning systems*. Disponível em: https://www.torontodeclaration.org/declaration-text/english/#conclusion. Acesso em 23 mai 2022.

Daí, nessa altura, é possível concluir que a utilização da IA como instrumento integrante do processo de tomada de decisão é passível de enviesamentos, seja no processo de programação ou de aprendizagem, sendo, portanto, necessário que os programas computacionais passem por um processo desenviesante, buscando a imparcialidade e afastando, inclusive, as armadilhas cognitivas. Assim, conclui-se ainda que as experiências em forma de projetos legislativos no Brasil, a despeito de suas distinções e especificidades, ainda carecem de um amplo debate nacional.

Para além disso, já se pode constatar que há necessariamente de haver um alinhamento entre os esforços de regulação com o sistema de proteção de dados pessoais instituído no cenário nacional, particularmente após os cinco anos da promulgação da LGPD. O sistema de proteção de dados pessoais consiste na condição essencial para a afirmação do Estado democrático de Direito na sociedade informacional e, portanto, trata-se de esteio básico e imprescindível para qualquer tipo de experiência regulatória de IA. Para tanto, entende-se que urge o fortalecimento da ANPD – Autoridade Nacional de Proteção de Dados e uma melhor definição do papel do CNPD – Conselho Nacional de Proteção de Dados e Privacidade, bem como políticas públicas que promovam mais engajamento da sociedade civil.

Para uma reflexão sobre as experiências legislativas de caráter regulatório em curso, em face do que se apura da análise do PL 21/20 é possível mencionar o açodamento de sua tramitação, o recurso excessivo à principiologia, o equívoco em relação ao regime de responsabilização dos agentes de IA como pontos extremamente nebulosos. De outra banda, com relação ao PL 2338, já se pode identificar um avanço muito expressivo com o documento produzido pela comissão de juristas, a despeito da falta de diversidade na sua composição. Um trabalho primoroso que se expressa na qualidade do resultado produzido e que, dentre outras contribuições, colocou o tema da regulação de IA no radar nacional. De fato, o documento final produzido e que gerou o PL em tramitação traz uma confluência de esforços para compreender a realidade nacional sem perder de vista a necessidade de alinhamento com experiências exitosas no ambiente internacional.

O que se pode projetar em uma análise mais apurada do PL 2338 é que alguns aspectos e dimensões da regulação de módulos de IA talvez devam ser feitas de

modo setorial, na saúde e educação, por exemplo, envidando esforços para assegurar uma proteção efetiva a todos de modo geral e inclusivo e consolidando a cidadania digital. Por outro lado, o que se facilmente depreende é que urge a promulgação de um Marco legal que expresse o mandamento constitucional pela aposta na pessoa humana como elemento nuclear do Estado brasileiro em oposição à ideologia de adesão irreflexiva aos solucionismos tecnológicos.

E, em vista disso, há necessidade de revisão profunda na escala de gradação de riscos, bem como nos parâmetros para a instituição de marcos normativos de governança[36] algorítmica, tomando como base as implicações e os impactos nos extratos mais pobres e vulneráveis da população brasileira, sobretudo em um contexto reconfigurado pelas IAs generativas. Não se pode descuidar, exemplarmente, da vedação ao emprego de IA no policiamento preditivo e tampouco de emprego de reconhecimento facial em espaços públicos que aprofundem o sistema de *apartheid* nacional. Inaceitável no PL é a falta de uma melhor definição do tipo de emprego de IA pelo poder público que seja compatível com os deveres constitucionais contraídos pelo Estado brasileiro.

Não há futuro sem o humano e, não custa advertir, com ênfase em outra obviedade, por vezes negligenciada, que o futuro não é somente uma questão prognóstica de *ethical-design.* Uma substancial chance de futuro é investir na presente condição de oportunizar um profundo aprendizado sobre o que há de humano e de desumano na raiz das estruturas de poder, em particular quando se trata de sociedades desarmônicas que ainda espelham dimensões de colonização e que se expressam em fossos sociais que parecem intransponíveis para, diante disso, articular alterações profundas e consistentes com o emprego da tecnologia.

Referências

A OCDE e o Brasil: Uma relação mutuamente benéfica. Disponível em: https://www.oecd.org/latin-america/paises/brasil-portugues/. Acesso em 27 ago 2023.

[36] The Etics Centre. *Ethical By Design*: Principles for Good Technology. Disponível em: https://ethics.org.au/ethical-by-design/#download-copy. Acesso em 20 ago 2023.

Ato do Presidente do Senado Federal n° 4, de 2022. *Institui Comissão de Juristas responsável por subsidiar a elaboração de minuta de substitutivo para instruir a apreciação dos Projetos de Lei nºs 5.051, de 2019, 21, de 2020, e 872, de 2021, que têm como objetivo estabelecer princípios, regras, diretrizes e fundamentos para regular o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil*. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/152136/pdf. Acesso em 27 ago 2023.

BÄCHLE, Thomas Christian. *Digitales Wissen, Daten und Überwachung*: zur Einführung. Hambug: Junius, 2016.

BIONI, Bruno; MARTINS, Pedro. *Devido processo informacional*: um salto teórico-dogmático necessário? Disponível em: https://brunobioni.com.br/wp-content/uploads/2020/08/Ensaio-Devido-ProcessoInformacional 1.pdf. Acesso em 02 mar 2022.

BROWNE, Simone. *Dark Matters: On the Surveillance of Blackness*. Duke University Press, 2015.

CALIENDO, Paulo. *Ética e inteligência artificial*: da possibilidade filosófica de agentes morais artificiais. Porto Alegre: Fi, 2021.

CELLA, José Renato Gaziero; COPETTI, Rafael. Compartilhamento de dados pessoais e a administração pública brasileira. *Revista de Direito, Governança e Novas tecnologias*. Maranhão, v.3, p. 39-58, jul/dez, 2017.

Corte Suprema de Santiago. *Rol N° 105.065-2023*. Sentencia de nueve de agosto de dos mil veintitrés. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1wX2fUrBDT l3B1W_IK_DUO CC7neQS6Hhu/view. Acesso em 21 ago 2023.

CRAWFORD, Kate; SCHULTZ, Jason. Big data and due process: Toward a framework to redress predictive privacy harms. *BCL Rev.*, v. 55, p. 93-128, 2014. Disponível em: https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol55/iss1/4. Acesso em: 04 mar. 2022.

Decreto 10.900, de 17 de dezembro de 2021. *Dispõe sobre o Serviço de Identificação do Cidadão e a governança da identificação das pessoas naturais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e altera o Decreto nº 8.936, de 19 de dezembro de 2016, o Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020, e o Decreto nº 9.278, de 5 de fevereiro de 2018*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/d10900.htm. Acesso em 27 ago 2023.

DI FABIO, Udo. *Grundreschtsgeltung in digitalen Systemen*: Selbstbestimmung und Wettbewerb im Netz. München: C.H. Beck, 2016.

HABERMAS, Jürgen. *Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik*. Berlin: Suhrkamp, 2022.

HENNING, Klaus. *Smart und digital*: wie künstliche Intelligenz unser Leben verändert. Berlin: Springer, 2019.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Inteligência artificial como oportunidade para a regulação jurídica. *Direito Público*, Porto Alegre; Brasília, n. 90, nov./dez. 2019.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital*: desafios para o direito. 2. ed. Rio de janeiro: Forense, 2022.

Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm Acesso em 22 ago 2023.

Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021. *Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública e altera a Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), a Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, e a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14129.htm. Acesso em 22 mai 2022.

LIMBERGER, Têmis. *Cibertransparência* – Informação pública em rede – A virtualidade e suas repercussões na realidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, vol. 1, 2016.

LOUREIRO, Bernardo Pacheco. *Publicadores de dados*: da gestão estratégica à abertura. São Paulo: Open Knowledge Brasil, 2021.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. *Direito Público*, Porto Alegre; Brasília, n. 90, nov./dez. 2019.

NIDA-RÜMELIN, Julian*. Digitaler Humanismus:* Eine Ethik für das Zeitalter der künstlichen Intelligenz. München: Piper, 2018.

NOBLE, Safiya Umoja. *Algoritmos da opressão*: como o Google fomenta e lucra com o racismo. Tradução: Felipe Damori. São Paulo: Rua do sabão, 2012.

OLIVEIRA, Samuel de. *Sorria, você está sendo filmado*: repensando direitos na era do reconhecimento facial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

O'NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa*: como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Rafael Abraham (Trad.). Santo André: Rua do Sabão, 2020.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. *Inteligência artificial e direito*. Curitiba: Alteridade, 2019.

Projeto de Lei n. 21/2020. *Estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928. Acesso em 21 mai 2022.

Relatório Final. *Comissão de Juristas Responsável por subsidiar elaboração de Substitutivo sobre Inteligência Artificial no Brasil*. Brasília, 2022. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=2504&tp=4. Acesso em 27 ago 2023.

RICHARDS, Neil M.; SMART, William, D. *How should the law think about robots*? 10/05/2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2263363 Acesso em 22 mai 2022.

RYDLEWSKI, Carlos. Computação sem fronteiras. *Caldeirão de Ideias*, [s.l.], [201-]. Disponível em: https://caldeiraodeideias.wordpress.com/2010/07/02/computacao-sem-fronteiras/. Acesso em 10 dez 2021.

SALES, G. B.; MOLINARO, C. A. Questões tecnológicas éticas e normativas da proteção de dados pessoais na área da saúde em um contexto de big data. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 13, p. 183-213, 2019.

Senado Federal. Projeto ne Lei n° 2338, de 2023. *Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial*. Disponível em: www.legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9347622&ts=1692285382471&disposition=inline&_gl=1*a0r2mo*_ga*MTMzMzAwODcyNS4xNjQ4NDE5MDc2*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5MjczMzgzOS44LjEuMTY5MjczMzg3Ny4wLjAuMA. Acesso em 22 ago 2023.

The Etics Centre. *Ethical By Design*: Principles for Good Technology. Disponível em: https://ethics.org.au/ethical-by-design/#download-copy. Acesso em 20 ago 2023.

The Toronto Declaration. *Protecting the right to equality and non-discrimination in machine learning systems*. Disponível em: https://www.torontodeclaration.org/decla ration-text/english/#conclusion. Acesso em 23 mai 2023.

TOURINHO LEAL, Saul. *Direito à inovação*: a vida nas cidades inteligentes. 2ed. São Paulo: Migalhas, 2020.

12. APREENSÃO DO PASSAPORTE E SUSPENSÃO DA CNH DO DEVEDOR TRABALHISTA: EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO VERSUS DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE E DIGNIDADE HUMANA

 https://doi.org/10.36592/9786554600668-12

Gilberto Stürmer[1]

Diego Sena Bello[2]

RESUMO

A efetividade das decisões decorrentes do processo do trabalho, assim como em outras áreas da ciência jurídica, é uma problemática enfrentada diariamente pelo Poder Judiciário, de modo a atender a sua função social e alcançar credibilidade. Desse modo, uma série de medidas legais são conferidas ao Magistrado para que, de acordo com a realidade do caso concreto e de forma proporcional, adote com vistas a garantir a entrega efetiva da tutela ao credor. Na Justiça do Trabalho anualmente os relatórios estatísticos disponibilizados pelo Tribunal Superior do Trabalho demonstram um número elevado de execuções pendentes, ou seja, cujo valor devido ao reclamante não foi quitado pelo devedor. Nesse cenário, a adoção de medidas coercitivas atípicas passou a ganhar espaço, dentre elas a suspensão da

---

[1] Advogado e Parecerista. Conselheiro Seccional da OAB/RS (2013/2015). Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul (IARGS). Membro da Associação dos Advogados Trabalhistas de Empresas no Rio Grande do Sul (SATERGS). Titular da Cadeira nº 100 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Titular da Cadeira nº 4 e Fundador da Academia Sul-rio-grandense de Direito do Trabalho. Presidente da Academia Sul-rio-grandense de Direito do Trabalho (2018/2020). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1989), Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2000), Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade Federal de Santa Catarina (2005) e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Sevilla (Espanha) (2014). Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação - Especialização em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Coordenador do Núcleo de Direito Social da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor Titular de Direito do Trabalho nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (Especialização, Mestrado e Doutorado) na mesma Escola. Tem como principais áreas de atuação, o Direito Individual do Trabalho e o Direito Coletivo do Trabalho, e como principal linha de pesquisa, a Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito do Trabalho.

[2] Doutorando e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER). Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professor adjunto do curso de Graduação do Instituto Brasileiro de Gestão e Negócios (IBGEN). Bolsista vinculado à CAPES. Advogado.

CNH e apreensão do passaporte do devedor. Ocorre que o deferimento dessas medidas impacta sobremaneira na dignidade da pessoa do devedor e no seu direito fundamental à liberdade. Assim, a presente pesquisa se dedica a investigar se a existência do débito trabalhista justifica tais lesões ao devedor. Neste trabalho, utilizou-se do método de abordagem hipotético-dedutivo, em pesquisa exploratória e de levantamento bibliográfico e, por fim, conclui no sentido de não ser justificável a suspensão da CNH e a apreensão do passaporte em decorrência de débitos trabalhistas.
Palavras-chave: Medidas Coercitivas Atípicas. Execução Trabalhista. Liberdade. Dignidade da Pessoa Humana. Efetividade da execução.

RESUMEN

La efectividad de las decisiones resultantes del proceso de trabajo, así como en otras áreas de la ciencia jurídica, es un problema que enfrenta cotidianamente el Poder Judicial, para cumplir con su función social y lograr credibilidad. De este modo, se confieren al Magistrado una serie de medidas jurídicas para que, de acuerdo con la realidad del caso concreto y de forma proporcionada, adopte con el objeto de garantizar la efectiva entrega de la tutela al acreedor. En el Juzgado de Trabajo, anualmente, los informes estadísticos puestos a disposición por el Tribunal Superior de Trabajo muestran un alto número de ejecuciones pendientes, es decir, el monto adeudado al reclamante no fue liquidado por el deudor. En este escenario, comenzó a ganar terreno la adopción de medidas coercitivas atípicas, entre ellas la suspensión de la licencia de conducir y el embargo del pasaporte del deudor. Resulta que el otorgamiento de estas medidas impacta mucho en la dignidad del deudor y en su derecho fundamental a la libertad. Así, esta investigación se dedica a indagar si la existencia de una deuda laboral justifica tales perjuicios al deudor. En este trabajo se utilizó el método de abordaje hipotético-deductivo, en investigación exploratoria y levantamiento bibliográfico y, finalmente, se concluye en el sentido de que la suspensión de la CNH y el embargo del pasaporte por deudas laborales no son justificables.
Palabras clave: Medidas Coactivas Atípicas. Ejecución Laboral. Libertad. Dignidad de la persona humana. Eficacia de ejecución.

1. INTRODUÇÃO

Foi com grande honra e alegria que recebemos o convite do colega e amigo, Professor Doutor Draiton Gonzaga de Souza, para homenagear os sessenta anos de um dos maiores juristas nacionais e internacionais da atualidade.

O colega e amigo, Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet, Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, onde coordena o festejado Programa de pós-Graduação em Direito, é dos autores mais citados nos tribunais superiores, tribunais em geral e em trabalhos acadêmicos.

A homenagem, portanto, mais do que justa, reflete não somente a qualidade do professor, mas também o grande apreço que, aqueles que convivem quase que diariamente com ele, como nós, autores desse texto.

Ingo, para além das letras jurídicas e do profundo conhecimento em matéria de direitos fundamentais, é apreciador de literatura, boa mesa, bons vinhos, viagens e artes. Torcedor gremista, Ingo é casado com a também colega e jurista Gabrielle Sarlet, com quem divide a vida pessoal e profissional.

Não fossem as razões acima referidas, além de outras tantas qualidades do homenageado, podemos dizer que somos amigos. Nada melhor, portanto, do que homenagear um amigo que mereça tanto.

A jurisprudência trabalhista, após a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5941, tem analisado frequentemente pedidos de suspensão da carteira nacional de habilitação (CNH) e apreensão do passaporte do executado em processos trabalhistas, o que se demonstra por uma breve pesquisa no repositório de jurisprudência dos Tribunais Regionais e do Tribunal Superior do Trabalho. Ademais, muito se discute na academia e na prática forense a necessidade de trazer efetividade para as decisões judiciais, de modo a alcançar credibilidade ao judiciário e atender a sua função social.

No entanto, o deferimento dessas medidas afronta de forma direta ou, ao menos, reflexa, à dignidade da pessoa do devedor e o seu direito fundamental à liberdade. Garantias básicas e essenciais da vida de qualquer indivíduo, inclusive, daqueles que possuem débitos trabalhistas. Além disso, a execução do débito é pautada pela patrimonialidade, restando superada a execução pessoal das dívidas.

Assim sendo, a presente pesquisa dedica-se a investigar se a efetividade da execução justifica a concessão que as medidas coercitivas atípicas, mais especificamente a suspensão da carteira nacional de habilitação e apreensão do passaporte.

Preliminarmente, a pesquisa parte de duas hipóteses, quais sejam: a primeira é no sentido de que o deferimento das medidas coercitivas atípicas objeto do estudo é legitimo, uma vez que razoável e proporcional a limitação ao direito de liberdade e não configura lesão à dignidade da pessoa do devedor. Os direitos fundamentais, conforme restará demonstrado a seguir, quando em colisão com outros direitos de mesma hierarquia podem ser limitados, desde que observado o seu núcleo essencial. Assim, as medidas em exame, ao tutelarem direitos fundamentais do credor, justificam a limitação gerada e, portanto, adequado o deferimento. Por outro lado, o deferimento dessas medidas, por gerarem impactos pessoais ao devedor, enquanto a execução é pautada pelo princípio da patrimonialidade, não se revelam razoáveis e proporcionais e, por fim, consistem em afronta aos direitos e garantias do executado. Assim, sob o ponto de vista constitucional, a efetividade da execução não justifica a lesão ao Direito Fundamental à Liberdade e Dignidade Humana do devedor.

A investigação se estrutura em três capítulos; no primeiro se construirá a base teórica acerca das medidas coercitivas atípicas na execução, momento em que serão abordados os princípios norteadores da execução – aqueles relacionados com o objeto de pesquisa, em decorrência de um recorte metodológico – a interpretação da doutrina quanto ao art. 139, IV, do Código de Processo Civil e do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5941, a qual tratou do dispositivo em exame, e, por fim, da aplicabilidade das medidas em exame no processo de execução trabalhista. No segundo capítulo tratar-se-á do direito fundamental à liberdade e da dignidade da pessoa humana, com vistas a construir uma base teórica sólida acerca dos mesmos à luz do direito constitucional. Buscar-se-á apresentar, nessa esteira, a definição e os limites do princípio estruturante da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental de liberdade, bem como salienta-se a sua atuação enquanto limitador da atuação do Estado e do particular. O último capítulo, por fim, fará análise da correlação entre a efetividade da execução em contraponto à dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à liberdade,

sendo que, para isso, dispõe acerca dos critérios para a limitação aos direitos fundamentais, bem como da necessidade de proteger o núcleo essencial dos mesmos.

A investigação adotará, para bem enfrentar os conteúdos a metodologia de abordagem hipotético-dedutiva, o tipo bibliográfica descritiva, coletando conceituações doutrinárias e informações jurídicas sobre a matéria em questão, em uma pesquisa de natureza exploratória.

É importante ressaltar que a pesquisa, pela complexidade do tema, não se exaure nessas páginas, sendo essa uma abordagem limitada à investigação do problema sob a ótica dos direitos fundamentais do executado.

2. AS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS NA EXECUÇÃO TRABALHISTA

O processo trabalhista observa uma série de princípios, os quais a doutrina subdivide em: princípios gerais de direito processual, princípios constitucionais fundamentais e, apesar de haver divergência entre os teóricos quando a sua existência, princípios próprios do direito processual do trabalho.[3] Cabe referir que a presente pesquisa se filia à corrente de Carlos Henrique Bezerra Leite, a qual sustenta a existência de princípios particulares do direito processual do trabalho, haja vista que a relação jurídico processual trabalhista é sem dúvidas, peculiar e possui regime próprio pela natureza da verba objeto de discussão, a saber, de natureza alimentar.

O princípio da finalidade social do processo e da efetividade são princípios próprios de direito processual do trabalho e que se revelam de suma importância para análise do problema de pesquisa, haja vista que com base no primeiro tem-se uma autorização para que o juiz atue de forma mais ativa e em prol do trabalhador. [4] Na mesma esteira, à luz do princípio da efetividade tem-se:

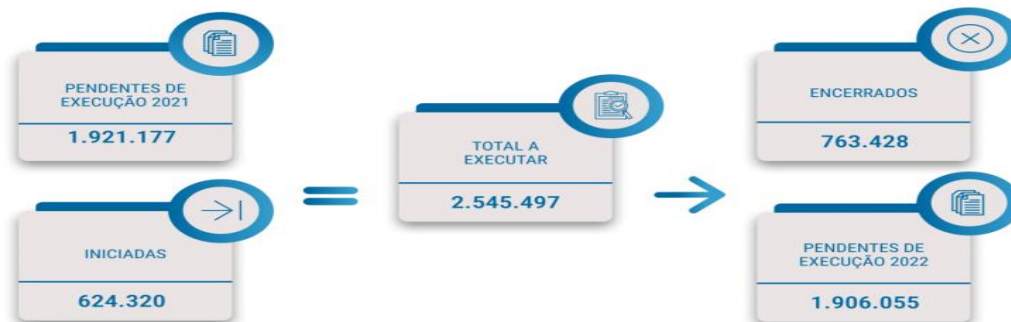
---

[3] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596663. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596663/. p. 110. Acesso em: 24 jul. 2023.

[4] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596663. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596663/. p. 110. Acesso em: 24 jul. 2023.

> o conjunto de concepções, políticas, conceitos, ideias e mecanismos necessários que devem inspirar a concretização ou materialização da prestação jurisdicional, evitando-se preventivamente a lesão ao ordenamento jurídico que se avizinha, ou restabelecendo-se, tempestivamente e com a maior fidelidade possível, o direito que foi violado. [...] não se tratam de meras formas procedimentais, mas sim um viés, um norte, uma concepção social na formação, propulsão, julgamento e entrega da prestação jurisdicional, numa constante oposição à ótica individualista impregnada no processo e que decorre de sua ultrapassada inspiração do Estado Liberal.[5]

Ocorre que, mesmo pautado por tais princípios, a prática forense demonstra que há certa dificuldade para alcançar a efetividade no processo trabalhista, haja vista que, conforme dados do Relatório Geral da Justiça do Trabalho de 2022, o ano encerrou com um elevado número de processos cuja execução restou pendente, vide quadro ilustrativo abaixo:[6]

Figura 1.5.3.2. Movimentação processual na Fase de Execução. 2022.

Analisando o quadro resumo disponível no relatório supracitado, identifica-se que de 2021 para 2022, mesmo com o ingresso de 624.320 processos na fase de execução, a Justiça do Trabalho alcançou uma redução do número de processos pendentes de execução, mais especificamente, 15.122 processos a menos.

---

[5] BARBOSA, André Monteiro; RAMOS, Brasilino Santos; AMARAL, Jouber S. S.; MORAIS, Juliana Rodrigues de. Princípio da efetividade social. In: EÇA, Vitor Salino de Moura; MAGALHÃES, Aline Carneiro (Coords.). **Atuação principiológica no processo do trabalho: estudos em homenagem ao professor Carlos Henrique Bezerra Leite.** Belo Horizonte: RTM, 2012. p. 344.

[6] Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2022. Disponível em: https://www.tst.jus.br/documents/18640430/24374464/RGJT.pdf/f65f082d-4765-50bf-3675-e6f352d7b500?t=1688126789237. Acesso em: 18 jul. 2023.

É louvável o resultado obtido, pois, conforme lecionam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: "a jurisdição não pode significar mais apenas *iuris dictio* ou 'dizer o direito' [...]. Na verdade, mais do que direito à sentença, o direito de ação hoje tem como corolário o direito ao meio executivo adequado."[7] Ainda, complementam os referidos autores que a tutela jurisdicional ocorre de fato quando o direito tutelado é efetivamente realizado, seja pela sentença, quando essa é suficiente por si só, ou através da execução.[8]

Há, portanto, uma visível pretensão do legislador no Código de Processo Civil de trazer efetividade para a tutela jurisdicional dos direitos, como um verdadeiro dever geral de proteção dos direitos.[9] Dessarte, o judiciário adota atividades e medidas visando entregar o efetivo resultado pretendido/devido à parte credora. Nesse espectro residem as diversas formas de incentivar o executado a quitar o débito, como, por exemplo, a inscrição do nome do executado em órgãos de proteção ao crédito ou no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (BNDT), prevista no art. 883-A da CLT.

O juiz se vale, além disso, dos denominados meios executivos, os quais são os mais variados e, alguns, encontram previsão legal, como a penhora, expropriação, busca e apreensão e outros. Cabe ressaltar, no entanto, que o juiz pode se valer não somente de meios executivos legalmente previstos, haja vista que, apesar de ser

---

[7] MARINONI, Luiz Guilherme. AREHANT, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 154.

[8] MARINONI, Luiz Guilherme. AREHANT, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 154.

[9] Sobre o tema, assim lecionam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: "O ideal é que o Código de Processo Civil seja pensado a partir da ideia de tutela dos direitos. É o compromisso do Estado Constitucional com a tutela dos direitos e, em termos processuais civis, com a efetiva tutela jurisdicional dos direitos em sua dupla dimensão que singulariza o Estado Constitucional. Esse se caracteriza justamente por ter um verdadeiro dever geral de proteção dos direitos. Fica claro, portanto, a razão pela qual a interpretação que o Código de 2015 merece caracteriza-se por um sintomático deslocamento – do processo à tutela. Daí por que parece apropriada a reconstrução interpretativa do sistema do Código de 2015 a partir da teoria da tutela dos direitos. Assim, em termos dogmáticos, importa dividi-lo em três grandes linhas: a primeira, voltada à teoria do processo civil, responsável pela construção dos conceitos de base do direito processual civil; a segunda, preocupada com a tutela dos direitos mediante o procedimento comum, âmbito teórico em que situados todos os temas ligados à tutela padrão dos direitos; e a terceira, vocacionada à tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados, área em que situados todos os temas concernentes às diferenciações legislativas procedidas para a tutela dos direitos ultrapassam as fronteiras do patrimônio da parte, atingindo suas liberdades fundamentais.". In: MARINONI, Luiz Guilherme. AREHANT, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 699.

amplo o rol legal, a doutrina majoritariamente entende se tratar de um rol meramente exemplificativo, de tal sorte que o juiz pode adotar outros meios executivos não expressos em Lei.[10]

Nessa esteira surgem as denominadas medidas executivas atípicas e encontram respaldo jurídico no art. 139 IV, do Código de Processo Civil,[11] mais especificamente, a apreensão da Carteira Nacional de Habilitação e do Passaporte dos executados com o intuito de obrigar o pagamento da dívida. Entende-se que o art. 139, inciso IV do CPC é uma cláusula aberta que viabiliza ao magistrado adotar medidas diversas daquelas arroladas na norma, uma espécie de poder geral com vistas a fazer cumprir a obrigação. Com base nisso, além das medidas supracitadas, que são objeto do presente artigo, os juízes têm concedido medidas como suspensão do direito de dirigir e proibição de participação em concurso público e licitação.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero ao comentarem o dispositivo em exame defendem que se trata de um poder de *imperium,* pois garante poderes ao Magistrado para concretizar suas ordens, ou seja, o magistrado tem "[...] amplo espectro de instrumentos para o cumprimento das ordens judiciais, inclusive para a tutela de prestações pecuniárias."[12]

O Poder Judiciário, consoante entendeu o STF no julgamento da ADI 5941, a qual tinha por objeto o artigo em exame, deve gozar de instrumentos capazes de forçar o comportamento adequado das partes, de modo a evitar que atitudes antijurídicas se perpetuem por tempo indeterminado. [13] É flagrante que o

[10] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC. **Revista de Processo**. vol. 265/2017. p. 107 – 150. p. 110.

[11] Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

[12] MARINONI, Luiz Guilherme. AREHANT, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2017. p. 284.

[13] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5941**. ação direta de inconstitucionalidade. os artigos 139, iv; 380, parágrafo único; 400, parágrafo único; 403, parágrafo único; 536, caput e §1o e 773, todos do código de processo civil. medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias. atipicidade dos meios executivos. pedido de declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, para afastar, em qualquer hipótese, a possibilidade de imposição judicial de medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias consistentes em suspensão do direito de dirigir, apreensão de passaporte e proibição de participação em concursos públicos ou em licitações. ausência de violação à proporcionalidade. medidas que visam a tutelar as garantias de acesso à justiça e de efetividade e razoável duração do processo. inexistência de violação abstrata e

inadimplemento da obrigação é uma atitude antijurídica e que demanda uma atuação severa do Poder Judiciário, contudo, como define o STF:

> Os poderes do juiz no processo, por conseguinte, incluem "determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária" (artigo 139, IV), obedecidos o devido processo legal, a proporcionalidade, a eficiência, e, notadamente, a sistemática positivada no próprio NCPC, cuja leitura deve ser contextualizada e razoável à luz do texto legal.[14]

No que tange ao processo trabalhista, cabe salientar que a adoção de medidas atípicas, nos termos da autorização do art. 139, IV, do CPC, é incorporada ao processo trabalhista pelo portal do art. 769 da CLT, o qual define que o direito comum será fonte subsidiária do processo do trabalho, quando a norma juslaboral for omissa.[15] Além disso, resta ratificada pelo art. 3º, III, da IN 39 do TST.

Entretanto, no caso em exame não se trata de omissão, mas de modernização do direito, o que, segundo uma parcela da doutrina processualista, também autoriza que o direito processual trabalhista se utilize do direito processual comum. Gize-se que, para essa corrente, o direito processual do trabalho pode adotar a legislação

---

apriorística da dignidade do devedor. ação conhecida e julgada improcedente.Requerente: Partido dos Trabalhadores-PT. Relator Min Luiz Fux. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5458217. Acesso em: 18 jul. 2023.

[14] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5941**. ação direta de inconstitucionalidade. os artigos 139, iv; 380, parágrafo único; 400, parágrafo único; 403, parágrafo único; 536, caput e §1o e 773, todos do código de processo civil. medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias. atipicidade dos meios executivos. pedido de declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, para afastar, em qualquer hipótese, a possibilidade de imposição judicial de medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias consistentes em suspensão do direito de dirigir, apreensão de passaporte e proibição de participação em concursos públicos ou em licitações. ausência de violação à proporcionalidade. medidas que visam a tutelar as garantias de acesso à justiça e de efetividade e razoável duração do processo. inexistência de violação abstrata e apriorística da dignidade do devedor. ação conhecida e julgada improcedente.Requerente: Partido dos Trabalhadores-PT. Relator Min Luiz Fux. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5458217. Acesso em: 18 jul. 2023.

[15] Sabe-se que às execuções trabalhistas, no que tange a legislação aplicável em caso de omissão, aplica-se primeiro a Lei de Execução Fiscal e, posteriormente, o CPC. Contudo, no que tange às medidas, não há na LEF norma que discipline a matéria, de tal sorte que aplicável, portanto, o disposto no CPC.

comum também quando se identifica que a norma processual trabalhista é ineficaz e ineficiente.[16] Sobre o tema, Luciano Athayde Chaves defende:

> O chamado princípio da subsidiariedade, previsto no art. 769 da CLT, não encerra, portanto, uma mera técnica de colmatação de lacunas normativas. A expressão omissão, ali consignada, merece ser interpretada à luz das modernas teorias das lacunas, de modo a preservar a efetividade do Direito Processual do Trabalho, permitindo sua revitalização, a partir do influxo de novos valores, princípios, técnicas, institutos e ferramentas que lhe conservem a celeridade e lhe viabilizem o atingimento de seus escopos.[17]

No entanto, em uma breve consulta ao repositório de jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, escolhido por um recorte metodológico, é possível identificar que, majoritariamente, os pedidos de adoção de tais medidas estão sendo indeferidos, em síntese, porque a utilização de tais medidas deve, assim como decidiu o STF, ser analisadas à luz do caso concreto e observando o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Ademais, entende o Regional, majoritariamente, que as medidas são subsidiárias e dependem de indícios de que o devedor tem fundos para quitar a dívida.[18]

---

[16] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Cumprimento da sentença no novo CPC - aspectos gerais e aplicação no direito processual do trabalho. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 62, n. 93, p. 153-174, jan./jun. 2016. p. 160.

[17] CHAVES, Luciano Athayde. As reformas processuais e o processo do trabalho. **Rev. TST**. Brasília, vol. 73, nº 1, jan/mar 2007. p. 145.

[18] Sobre o tema, citam-se as seguintes ementas: AGRAVO DE PETIÇÃO DO EXEQUENTE. MEDIDA COERCITIVA. APREENSÃO DA CNH. SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR. A suspensão da CNH do executado, como maneira de constrangê-lo ao pagamento do crédito, tem aplicabilidade respaldada no ordenamento jurídico, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 5941. No entanto, a utilização de tal medida deve ser analisada ante as condições específicas do caso concreto, sempre observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. As medidas executivas atípicas, autorizadas no art. 139, IV do CPC, são subsidiárias e dependem de indícios de que o devedor tem fundos para quitar a dívida. Agravo de petição não provido. (TRT da 4ª Região, Seção Especializada em Execução, 0021095-36.2017.5.04.0202 AP, em 02/06/2023, Juiz Convocado Marcelo Papaleo de Souza)
AGRAVO DE PETIÇÃO DA PARTE EXECUTADA. SUSPENSÃO DA CNH. A recente decisão proferida pelo STF, reconhecendo a constitucionalidade do artigo 139, inciso IV, do CPC, permite estabelecer a possibilidade de, caso a caso, ser examinada a aplicabilidade de medidas restritivas tal como a suspensão da CNH e o bloqueio de passaportes, de forma a buscar uma maior efetividade da execução trabalhista. Tais medidas atípicas objetivam reprimir eventual comportamento inadequado do devedor, na hipótese em que, apesar de efetivadas medidas típicas na execução, este se furta ao pagamento do débito, mas mantendo, de forma contraditória, estilo de vida que revela ocultação patrimonial, para se esquivar da execução trabalhista. Hipótese em que não existem elementos

Ocorre, entretanto, que a problemática persiste, pois mesmo diante de indícios de que o devedor trabalhista tenha fundos para quitar a dívida e esteja se ocultando do pagamento, a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e apreensão do passaporte resulta em transferir a execução do patrimônio para a pessoa do devedor? Além disso, resulta em lesão aos direitos fundamentais do devedor?

Para responder esses questionamentos, no entanto, é necessária uma adequada compreensão dos direitos fundamentais possivelmente lesionados, a saber, o direito fundamental à liberdade e o princípio estruturante da dignidade da pessoa humana. O que, então, será objeto do tópico seguinte.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE E O PRINCÍPIO ESTRUTURANTE DA DIGNIDADE HUMANA

A execução, conforme mencionado alhures, deve visar o adimplemento do débito, contudo, não pode extrapolar os limites do razoável, muito menos lesar garantias fundamentais do executado. Nessa esteira, a problemática em torno das medidas atípicas passa pela possível lesão ao direito fundamental à liberdade e do princípio estruturante da dignidade da pessoa humana.

Primeiramente, cabe referir que a presente pesquisa se filia ao entendimento do homenageado Ingo Wolfgang Sarlet, para quem a dignidade da pessoa humana assume simultaneamente a condição de valor, princípio e/ou regra, ora trabalhada sob a perspectiva de princípio estruturante, pois, como observa o referido autor, "[...] é possível aceitar que se trata de uma norma de direito fundamental, muito embora daí não decorra, pelo menos não necessariamente, que existe um direito fundamental à dignidade."[19]

A compreensão da dignidade da pessoa humana como princípio gera consequências, conforme ensina Luis Roberto Barroso, relevantes do ponto de vista de seu conteúdo e estrutura normativa, seu modo de aplicação e seu papel no

---

coligidos aos autos que indiquem tais comportamentos pelos devedores. Recurso provido. (TRT da 4ª Região, Seção Especializada em Execução, 0020182-41.2018.5.04.0292 AP, em 11/05/2023, Desembargador Joao Batista de Matos Danda)

[19] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 274.

sistema. Desse modo, defende o referido autor que o princípio da dignidade desempenha na ordem constitucional brasileira três funções, quais sejam: direta, interpretativa e negativa.[20]

A eficácia direta do princípio fundamenta a compreensão da dignidade humana, apesar da vagueza que é própria dos princípios, como se regra fosse, ou seja, há um núcleo a partir do qual se abstrai um comando claro.[21] Nessa esteira, sustenta-se que "Do princípio da dignidade humana, em acepção compartilhada em diferentes partes do mundo, retiram-se regras específicas e objetivas, como as que vedam a tortura, o trabalho escravo ou as penas cruéis.".[22]

A eficácia negativa, por sua vez, atribuí à dignidade da pessoa humana a responsabilidade de fundamentar a sustação da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que se revele incompatível com seu preceito basilar, ou seja, carece de constitucionalidade a norma ou ato que venha a acarretar prejuízo manifesto a dignidade da pessoa humana.[23]

A última função, qual seja, interpretativa, coloca a dignidade humana como condicionante do sentido e alcance das normas jurídicas, ou, como ensina Luis Roberto Barroso, "critério para valoração de situações e atribuição de pesos em casos que envolvam ponderação".[24] Nessa esteira, defende-se que a dignidade da pessoa humana "desempenha o papel de valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional)".[25]

---

[20] BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, n. 12, p. 89-137, nov. 2011. p. 12.

[21] LEGALE, Siddharta; VAL, Eduardo Manuel. A dignidade da pessoa humana e a jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, n. 36, p. 175-202, jan./jun. 2017. p. 179.

[22] BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, n. 12, p. 89-137, nov. 2011. p. 12.

[23] LEGALE, Siddharta; VAL, Eduardo Manuel. A dignidade da pessoa humana e a jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, n. 36, p. 175-202, jan./jun. 2017. p. 179.

[24] BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, n. 12, p. 89-137, nov. 2011. p. 12.

[25] SARLET, Ingo Wolfgang. ESTADO DEMOCRATICO DE DIREITO – Art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 127.

Desse modo, a dignidade é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, nos termos do art. 1.º, III da Constituição Federal, o que faz com que:

> Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático (e social) de Direito (art. 1º, III), a CF de 1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do próprio Estado e do exercício do poder estatal, reconheceu categoricamente que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário. Da mesma forma, não foi por acidente que a dignidade não constou do rol dos direitos e garantias fundamentais, tendo sido consagrada em primeira linha como princípio (e valor) fundamental, que, como tal, deve servir de norte ao intérprete, ao qual incumbe a missão de assegurar-lhe a necessária força normativa.[26]

Portanto, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que a dignidade da pessoa humana implica em um "complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como que venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para a vida saudável [...]."[27]

Nessa esteira, relevante a lição de Antonio Enrique Perez Luño[28] ao destacar que:

> La dignidad humana ha sido en la historia, y es en la atualidad, el ponto de referencia de todas las faculdades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona. Su importancia en la génesis de la moderna teoria de los derechos humanos es innegable.

---

[26] SARLET, Ingo Wolfgang. ESTADO DEMOCRATICO DE DIREITO – Art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 127.

[27] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 60.

[28] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 30-31.

Necessário salientar, outrossim, que a dignidade ocupa na ordem jurídico constitucional brasileira um papel positivo e negativo. No aspecto negativo, atua como limitador do poder estatal e do particular, de tal modo que o Estado e o particular não podem agir de modo que resulte lesão à dignidade da pessoa humana. No aspecto positivo, por sua vez, implica uma atuação proativa no sentido de proteger e promover a dignidade humana.[29]

É, ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana o critério basilar, mas não exclusivo, para a construção de um conceito material de direitos fundamentais, servindo, por conseguinte, como elemento proliferador de direitos fundamentais. Sobre o tema, vale destacar, segundo uma parcela da doutrina, que um direito para ser fundamental deve estar intimamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa esteira, leciona Carlos Roberto Siqueira Castro[30] afirmando que o princípio da dignidade da pessoa humana poderia ser considerado o elemento proliferador dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são considerados aqueles direitos reconhecidos e positivados em âmbito constitucional de determinado Estado, sendo que a doutrina define direitos fundamentais como aquelas garantias jurídicas inerentes às pessoas (naturais ou jurídicas) que se encontram positivadas em âmbito constitucional de forma expressa ou implicitamente, restando, portanto, indisponíveis aos poderes constituídos.[31]

Alerta, Ingo Wolfgang Sarlet,[32] contudo, que também podem ser considerados direitos fundamentais aquelas posições jurídicas que “por seu conteúdo e significado, possam lhe ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal.”. Inclusive, reforça esse argumento a redação do art 5º, §2º da Constituição,[33]

---

[29] SARLET, Ingo Wolfgang. ESTADO DEMOCRATICO DE DIREITO – Art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 128.

[30] CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 21.

[31] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 473.

[32] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 473.

[33] Art 5º, §2º da CF - § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

a qual representa para alguns autores a abertura do catálogo dos direitos fundamentais.

A liberdade de locomoção, no entanto, é direito fundamental diretamente positivado no rol do art. 5º da Constituição Federal, mais especificamente no *caput* e nos incisos XV e LIV, que assim dispõem, respectivamente:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;
> LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

O *caput* do art. 5º da Constituição prevê o denominado direito geral de liberdade, o qual funciona "como um princípio geral de interpretação e integração das liberdades em espécie e de identificação de liberdades implícitas na ordem constitucional.".[34] As liberdades em espécie, por sua vez, que se relacionam com o objeto da presente pesquisa, e, portanto, serão abordadas de forma mais detalhada, são àquelas previstas nos incisos supracitados.

No que tange ao primeiro, qual seja, a liberdade de locomoção, primeiramente cabe salientar que, além da previsão constitucional, o referido direito encontra guarida em tratados internacionais e, portanto, tem *status* de direito humano. Merece destaque a previsão do art. 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que assim preceitua:

> 1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado terá o direito de nele livremente circular e escolher sua residência.

---

[34] SARLET, Ingo Wolfgang; VALE, André Rufino do. Art. 5º, *caput*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 221.

> 2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país.
> 3. Os direitos supracitados não poderão constituir objeto de restrições, a menos que estejam previstas em lei e no intuito de proteger a segurança nacional e a ordem, a saúde ou a moral públicas, bem como os direitos e liberdades das demais pessoas, e que sejam compatíveis com os outros direitos reconhecidos no presente Pacto.
> 4. Ninguém poderá ser privado arbitrariamente do direito de entrar em seu próprio país.

À luz desse direito fundamental e humano, tem-se que é vedado ao Estado e, por óbvio, ao particular, privar ou obstaculizar qualquer individuo do exercício da sua liberdade de ir, vir e ficar. Cabe referir, conforme ensina Wilson Steinmetz[35], "o grau de realização depende das condições fáticas e dos princípios e das regras que eventualmente a ela (liberdade de locomoção) se opõem.".

Assim, entende-se que o direito à liberdade de locomoção não é absoluto, sendo possível a imposição de restrições quando estiver em colisão com outros direitos constitucionalmente assegurados. Acerca dos limites aos direitos fundamentais, no entanto, a presente pesquisa tratará no tópico a seguir de modo a fazer o cotejo entre o direito fundamental e os elementos que subsidiam a pretensa restrição ao direito em decorrência do débito trabalhista.

No que tange à liberdade prevista no inciso LIV, em síntese, garante ao individuo o direito de ter previamente o trâmite do devido processo legal, com contraditório e ampla defesa – também direitos fundamentais – antes de ser privado de sua liberdade. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, há dois motivos básicos para a necessidade de um devido processo previamente à privação da liberdade, a saber: permitir que o indivíduo manifeste as suas razões para convencer acerca da ilegitimidade da coação da liberdade, bem como para assegurar que as leis sejam aplicadas de forma imparcial e equânime.[36]

---

[35] Steinmetz, Wilson. Art. 5º, XV, Steinmetz. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 327.

[36] MENDES, Gilmar Ferreira. Art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo

Diante dessas premissas basilares acerca dos direitos fundamentais objeto de discussão é possível investigar se a efetividade da execução justifica a concessão das medidas atípicas de suspensão da CNH e apreensão do passaporte do devedor?

4. EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO *VERSUS* DIREITOS FUNDAMENTAIS DO DEVEDOR TRABALHISTA

A execução é, conforme mencionado alhures, a atividade jurisdicional que se dedica efetivamente a coercitivamente obter a satisfação do crédito. Evidente que ao ser citado para pagamento, se o devedor o fizer no prazo legal, não há falar em utilização dos meios executivos, sendo esses válidos somente nos casos em que o débito não é quitado espontaneamente pelo devedor.

No processo do trabalho, as verbas decorrentes da demanda, na maioria das vezes, possuem, como é pacífico na jurisprudência e na doutrina, natureza alimentar, bem como, em razão da hipossuficiência do trabalhador (credor), as dificuldades da execução são agravadas.[37] Assim, visando atender essa necessidade de alcançar o direito ao credor, diversas medidas são adotadas, dentre elas as medidas atípicas objeto da presente análise.

Ocorre que, ao falar de execução, mais especificamente de efetividade da execução, é preciso revisar o princípio da responsabilidade patrimonial, segundo o qual a execução deve se voltar para o patrimônio do devedor.[38] Referido princípio se fundamenta no art. 789 do CPC, o qual é claro ao mencionar que o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros pelo cumprimento da obrigação.

Cabe referir, contudo, que não se está negando a existência da denominada execução indireta, a qual se materializa como um estímulo ao cumprimento da obrigação, o que, no âmbito trabalhista, por exemplo, ocorre com a inscrição nos órgãos de proteção ao crédito ou no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas.

Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 221.

[37] GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de direito processual do trabalho.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 732.

[38] ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro, volume IV: manual de execução.** 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 47.

Entretanto, a satisfação do crédito deve ser buscada, via de regra, no patrimônio do devedor e não em sua liberdade, pois, como menciona Sergio Cabral dos Reis,[39] "[...] as medidas de execução indireta não devem ser confundidas com medidas punitivas, sob pena de ferir o princípio da utilidade da execução, as quais devem ficar para o campo da legalidade em sentido restritivo.".

Ocorre que a liberdade é, conforme mencionado no tópico antecedente, um direito fundamental do indivíduo e eventual limitação ao referido direito fundamental deve observar uma série de condições e requisitos, tratados pela doutrina como limites dos direitos fundamentais.

De antemão, cabe ressaltar que se entende por limites dos direitos fundamentais aquelas ações ou omissões dos poderes públicos ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o gozo do direito fundamental, contudo, alerta Ingo Wolfgang Sarlet[40] que para gozar de validade jurídica é preciso que as limitações guardem relação (formal e material) com a Carta Magna.

Nessa esteira, é importante citar a lição de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco[41], que mencionam *in verbis*:

> Os direitos fundamentais enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (restrição mediata)

Assim, o exame do tema passa por uma investigação de cunho formal e material, sendo que, no plano formal, há uma análise da competência do procedimento e da forma adotados pela autoridade estatal. Por outra banda, o controle material vincula-se à observância de três variáveis, quais sejam: a) a observância do núcleo essencial dos direitos fundamentais em questão; b) a

---

[39] REIS, Sergio Cabral dos. Limites dos poderes executivos atípicos do juiz do trabalho nas execuções de pagar quantia certa: reflexões sobre os parâmetros ético-normativos da aplicação do art. 139, iv, do cpc, na justiça do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. vol. 228, p. 117 – 163, 2023. p. 127.

[40] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 599.

[41] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 296.

observância do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade; e c) a proibição do retrocesso.

Sobre o princípio da proporcionalidade, ele costuma ser desdobrado em três subprincípios, a saber:[42]

a) Adequação ou conformidade: consiste em um controle de viabilidade, no sentido de verificar se o fim almejado será alcançado por aquele determinado meio.

b) Necessidade ou exigibilidade: se aquele é o meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição.

c) Proporcionalidade em sentido estrito: busca identificar se as vantagens são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio, ou seja, as restrições impostas aos direitos fundamentais.

É preciso, ademais, preservar o núcleo essencial do direito fundamental em exame, entendido esse, pela teoria absoluta, como um espaço interior do direito fundamental totalmente livre da atuação do Estado, ou seja, insuscetível de limitação por parte do legislador, independentemente da análise do caso concreto. Pela teoria relativa, por sua vez, entende-se que o núcleo essencial deve ser definido de acordo com as particularidades do caso concreto, tendo em vista o objetivo da norma de caráter restritivo.[43]

Ingo Wolfgang Sarlet,[44] por sua vez, defende que essa garantia aponta "para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando com isso de ser reconhecível como um direito fundamental.". Assim, diz-se que, com base na ideia do núcleo essencial, existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que, por conseguinte, estão imunes à ação do Poder Público e, portanto, seguem à disposição do titular do direito.

É preciso analisar o problema da presente pesquisa à luz dessas considerações, haja vista que se está a tratar de medidas que acarretam lesão ao direito fundamental à liberdade, bem como ao princípio estruturante da dignidade da

---

[42] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 599.

[43] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 314.

[44] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 576.

pessoa humana, com vistas a atender uma necessidade patrimonial do credor da dívida. É um conflito, por conseguinte, entre patrimônio e liberdade/dignidade.

Sobre esse aspecto, pertinente a ponderação de Raquel Dodge na sua manifestação nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5941:[45]

> Patrimônio e propriedade de bens não se confundem com liberdade, como outrora. A indiferenciação entre bens e liberdades foi superada pelo princípio da dignidade humana que atribui valor diferente ao que é necessário ao humano e ao que é uma dimensão da vida social, a dimensão econômica. O valor ético que atribuímos é diverso e se expressa de forma diferente no sistema de direitos.

Desse modo, entende-se que o juiz não goza de liberdade plena para adotar medidas coercitivas à luz do art. 139, IV, do CPC. As medidas devem observar os direitos e garantias fundamentais dos executados. Inclusive, entende-se que a suspensão da CNH e do passaporte do devedor lhe gera prejuízos que, ao fim e ao cabo, podem repercutir na própria satisfação do crédito, haja vista que, não raras vezes, a CNH e o passaporte são utilizados para o desempenho de atividades laborais, que visam, sem dúvidas, o sustento do próprio devedor e de sua família, mas, à luz da própria jurisprudência que tem crescido na Justiça do Trabalho recentemente,[46] pode servir para satisfação do crédito a partir da penhora dos valores decorrentes desse labor.

---

[45] DODGE, Raquel Elias Ferreira. **Parecer nº 449/2018 – SFCONST/PGR - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 5.941/DF**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/pgr-adi-documentos.pdf. Acesso em: 18 jul. 2023. p. 15.

[46] Sobre o tema, citam-se as ementas a seguir:
PENHORA DE SALÁRIO. SÓCIOS EXECUTADOS. O entendimento majoritário deste Colegiado é de que a penhora de salário apenas é viável quando auferido em valor líquido superior a R$10.000,00, limitado ao percentual de 10%, sob pena de comprometimento da subsistência do devedor. Hipótese em que evidenciada a percepção de salário inferior a esse patamar sendo provido o agravo de petição no particular para liberação da penhora. (TRT da 4ª Região, Seção Especializada em Execução, 0020794-85.2016.5.04.0732 AP, em 02/08/2022, Desembargador Rosiul de Freitas Azambuja).
RECURSO DE REVISTA. LEIS NºS 13.015/2014 E 13.467/2017. EXECUÇÃO. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS. BLOQUEIO E PENHORA EM CONTA SALÁRIO E/OU BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DOS SÓCIOS EXECUTADOS. INCIDÊNCIA DO ART. 833, § 2°, DO CPC/15. INAPLICABILIDADE DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 153 DA SBDI-II DO TST. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA. Esta Corte passou a admitir a penhora parcial sobre salários, vencimentos e proventos de aposentadoria do executado, desde que observado o limite de 50% (cinquenta por cento) previsto no § 3º do art. 529 do CPC de 2015, tendo em vista que a impenhorabilidade dos vencimentos não se aplica aos casos em que a constrição seja para fins de pagamento de prestação alimentícia "independentemente de sua origem" (art. 833, IV, e § 2º, do CPC), como é o caso das verbas de natureza salarial devidas ao

Por fim, cabe referir que a liberdade do executado e a sua dignidade não estão disponíveis ao credor e ao Estado para satisfação de direitos patrimoniais, haja vista que os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, como mencionado anteriormente, protegem o indivíduo contra o Estado e o particular.[47]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problemática é, conforme demonstrado alhures, de suma relevância na medida em que se propor a analisar a contraposição entre a efetividade da execução trabalhista e o direito fundamental à liberdade e a dignidade do executado. Não se discute ou se retira importância da necessidade de alcançar ao credor trabalhista os valores decorrentes da condenação, a qual se refere à direitos decorrentes da própria relação laboral, ou seja, da disponibilização da força de trabalho do empregado em prol do empreendimento.

Além disso, não se discute a constitucionalidade do art. 139, IV, do CPC, a qual já foi objeto de análise pelo STF, discute-se na presente pesquisa as medidas de suspensão da CNH e apreensão do passaporte especificamente e sob a ótica da execução trabalhista. Consoante exposto nas linhas antecedentes, é preciso reconhecer que essas medidas acarretam lesão do direito fundamental à liberdade, bem como ao princípio estruturante da dignidade da pessoa humana e, por isso, não se revelam adequadas, pois no conflito entre patrimônio e liberdade/dignidade, evidentemente, deve sobrepor a liberdade e dignidade.

Assim sendo, verifica-se que o juiz não goza de liberdade plena para adotar medidas coercitivas, bem como que, quando adotadas, devem observar os direitos e garantias fundamentais dos executados. Dessarte, a suspensão da CNH e do passaporte do devedor gera prejuízos que, conforme mencionado, repercutem na própria satisfação do crédito, uma vez que a CNH e o passaporte podem ser utilizados para o desempenho de atividades profissionais pelo executado.

---

empregado. Precedentes. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (RR-1001194-28.2016.5.02.0082, Rel. Min. Alberto Bastos Balazeiro, 3.ª Turma, DEJT 19/12/2022).

[47] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 36, p. 54-104, 2000.

Por fim, repisa-se que a liberdade do executado e a sua dignidade não estão disponíveis ao credor e ao Estado para satisfação de direitos patrimoniais. Contudo, cumpre consignar que a presente pesquisa não exaure o tema, sendo um embrião para novos estudos, tendo em vista a inquestionável relevância do tema.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro, volume IV: manual de execução.** 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 47.

BARBOSA, André Monteiro; RAMOS, Brasilino Santos; AMARAL, Jouber S. S.; MORAIS, Juliana Rodrigues de. Princípio da efetividade social. In: EÇA, Vitor Salino de Moura; MAGALHÃES, Aline Carneiro (Coords.). **Atuação principiológica no processo do trabalho: estudos em homenagem ao professor Carlos Henrique Bezerra Leite**. Belo Horizonte: RTM, 2012. p. 344.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, n. 12, p. 89-137, nov. 2011. p. 12.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5941**. ação direta de inconstitucionalidade. os artigos 139, iv; 380, parágrafo único; 400, parágrafo único; 403, parágrafo único; 536, caput e §1o e 773, todos do código de processo civil. medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias. atipicidade dos meios executivos. pedido de declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, para afastar, em qualquer hipótese, a possibilidade de imposição judicial de medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias consistentes em suspensão do direito de dirigir, apreensão de passaporte e proibição de participação em concursos públicos ou em licitações. ausência de violação à proporcionalidade. medidas que visam a tutelar as garantias de acesso à justiça e de efetividade e razoável duração do processo. inexistência de violação abstrata e apriorística da dignidade do devedor. ação conhecida e julgada improcedente.Requerente: Partido dos Trabalhadores-PT. Relator Min Luiz Fux. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5458217. Acesso em: 18 jul. 2023.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 21.

CHAVES, Luciano Athayde. As reformas processuais e o processo do trabalho. **Rev. TST**. Brasília, vol. 73, nº 1, jan/mar 2007.

DODGE, Raquel Elias Ferreira. **Parecer nº 449/2018 – SFCONST/PGR - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 5.941/DF**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/pgr-adi-documentos.pdf. Acesso em: 18 jul. 2023.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de direito processual do trabalho.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LEGALE, Siddharta; VAL, Eduardo Manuel. A dignidade da pessoa humana e a jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, n. 36, p. 175-202, jan./jun. 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Cumprimento da sentença no novo CPC - aspectos gerais e aplicação no direito processual do trabalho. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg**., Belo Horizonte, v. 62, n. 93, p. 153-174, jan./jun. 2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596663. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596663/. Acesso em: 24 jul. 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. AREHANT, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. AREHANT, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. Art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC. **Revista de Processo**. vol. 265/2017. p. 107 – 150.

REIS, Sergio Cabral dos. Limites dos poderes executivos atípicos do juiz do trabalho nas execuções de pagar quantia certa: reflexões sobre os parâmetros ético-normativos da aplicação do art. 139, iv, do cpc, na justiça do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. vol. 228, p. 117 – 163, 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. ESTADO DEMOCRATICO DE DIREITO – Art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; VALE, André Rufino do. Art. 5º, *caput.* In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Steinmetz, Wilson. Art. 5º, XV, Steinmetz. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 36, p. 54-104, 2000.

13. PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL E TEMPO DE CRISE[1]

https://doi.org/10.36592/9786554600668-13

Guilherme Camargo Massaú[2]

Nichts mehr davon, ich bitt'euch! Zu essen gebt ihm, zu wohnen;
Habt ihr die Blöße bedeck, gibt sich die Würde von selbst.
(Friedrich von Schiller – Würde des Menschen)[3]

Introdução

Participar[4] de uma homenagem ao Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet é uma honra e um privilégio. Honra pela possibilidade de manifestar o conhecimento adquirido com a leitura dos seus artigos e livros. Privilégio por ser lembrando para comemorar a vida de um dos mais destacados juristas brasileiros. As lições do Prof. Dr. Sarlet me acompanham *ad fontes*, quando cursava Direito Constitucional (2000). Durante a graduação adquiri o recém-lançado livro "A eficácia dos direitos fundamentais". Comecei a leitura no mesmo dia. O tempo passou, e em 2016 tive a oportunidade de ser supervisionado pelo Prof. Dr. Sarlet em pesquisa de Pós-Doutoramento na PUCRS. A dimensão prospectiva, *quo vadis*(?), abre-se ao aprendizado a partir das novas lições do homenageado que estão a surgir. Inegável, trata-se de um autor original, consistente e percursor em suas concepções jurídicas.

A fim de prestar a homenagem, optou-se por abordar o princípio da proibição do retrocesso social, pois trata de temática trabalhada pelo homenageado e delimitadora da eficácia dos direitos fundamentais, principalmente da dimensão dos direitos sociais. Desta forma, trabalhar-se-á, como pano de fundo, os direitos sociais,

---

[1] A presente pesquisa conta com o apoio da FAPERGS Edital 07/2021 - PqG. Não há conflito de interesse.
[2] Professor da Faculdade de Direito, do PPGD e PPGCPol da UFPel. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5955-4292
[3] SCHILLER, Friedrich von. **Schillers Werke**. Erste Teil. Berlin, Leipzig, Wien, Stuttgart: Deutsches Verlagshaus Bon & Co., s.d. p. 338.
[4] Agradeço as considerações, a análise crítica do texto e o debate ao Alex Jordan Soares Monteiro Mamede.

sem, contudo, excluir, quando for pertinente, a invocação das demais dimensões dos direitos fundamentais.

A proibição do retrocesso social constitui-se em uma garantia à manutenção de um patamar mínimo essencial das conquistas, em termos de direitos e garantias, que o tempo e as circunstâncias podem sugerir a sua *reformatio in pejus* no sentido de reduzir o patamar mínimo alcançado. Não se trabalha com a retrocessão de um patamar ótimo de satisfação de alguma parte das dimensões dos direitos fundamentais sociais[5]. Não se trata da impossibilidade de restrição a *posteriori* da efetivação destes direitos, mas a vedação da retrocessão possibilitar recuos que reduzam a efetividade abaixo do nível mínimo existencial aceitável e consolidado.

Pensar sobre os limites do princípio da proibição do retrocesso social em tempos de crise econômica ou pandêmica é pôr em evidência o confronto do texto constitucional/legal com a realidade sociopolítico-econômica[6]. A questão a ser respondida pode ser colocada desta forma: a aplicação do princípio da proibição de retrocesso social pode ser suspensa/ignorada quando se está a vivenciar uma crise (econômica/pandêmica)? Para enfrentar este problema, delimitar-se-á a função e o alcance do princípio da proibição do retrocesso social. Logo, delinear-se-á o que se pode entender por crise, pois se trata de um termo/conceito amplo e vago. Por fim, expor-se-á os (possíveis) argumentos favoráveis e desfavoráveis à suspensão e à aplicação do princípio em estudo em um período de crise em conjunto, exemplificativamente, com dados socioeconômicos. Por fim, tendo como fundamento introdutório, há que se reconhecer o sentido do *ser humano ao Direito* como *prius axiológico* em que o ser humano não se limita a ter valor, o ser humano é o valor.

---

[5] *Vide*: BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 446.

[6] BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 35.

1 Proibição do retrocesso social

O princípio da proibição do retrocesso social não se encontra explicitamente previsto na CRFB[7] nem na legislação, porém ele é a consequência lógica de um conjunto de normas jurídicas infere a necessidade de sua incidência na realidade jurídico-brasileira. Salienta-se o caráter não absoluto[8] da proibição do retrocesso social, mas de relativos impedimentos/limites [9] de retrocesso em relação a patamares do mínimo existencial estritamente vinculados à efetividade dos direitos sociais (Art. 5°, §1°, da CRFB)[10], aos objetivos fundamentais (Art. 3° da CRFB)[11] e à dignidade da pessoa humana (Art. 1°, III, da CRFB)[12]. Cabe destacar os seguintes elementos: lógica histórico-constitucional, limites à reforma constitucional e segurança jurídica[13].

1.1 Lógica histórico-constitucional

A lógica histórico-constitucional inclina-se para o reconhecimento do processo de consolidação do documento constitucional (documento garantia) ser portador dos direitos fundamentais da pessoa humana e pedra angular do Estado

---

[7] Destaca-se a crítica do Prof. Sarlet ao constituinte de 1988 por não prever normas genéricas referentes às restrições aos direitos fundamentais, *vide*: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2018. p. 70.
[8] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 468.
[9] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 404.
[10] SARLET, Ingo Wolfgang. Menschenwürden und soziale Grundrechte in der brasilianischen Verfassung am Beispiel des Existenzminimums. In: **Menschenwürden im 21. Jahrhundert**. (Stephan Kirste, Draiton Gonzada de Souza, Ingo Wolfgang Sarlet. Hrsg.). Baden-Baden: Nomos, 2018. p. 144-145.
[11] *Vide*: MASSAÚ, Guilherme Camargo; BAINY, André Kabke. The role of the fundamental objectives of Brazilian Federal Constitution: the dialectics system-problem. **Rechtstheorie**. 51, 3, Berlin: Duncker & Humblot, 2020. p. 367-377.
[12] A dignidade como tarefa do Estado, *vide*: KIRSTE, Stephan; SARLET, Ingo. Das Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum. **Der Staat**. 62, Berlin: Duncker & Humblot, 2023. p. 28; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 89-93.
[13] *Vide*: MASSAÚ, Guilherme Camargo. Princípio da solidariedade como critério de aplicação do princípio de proibição de retrocesso social em relação aos direitos sociais. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 1, p. 111-115.

democrático de Direito[14]. Entre progressos, retrocessos e estagnações, a Constituição é o documento jurídico que representa conquistas históricas[15] a serem defendidas de medidas retrocessivas a fim de evitar a repetição de fatos e eventos desastrosos para os povos e a humanidade. Destarte, os documentos constitucionais contêm instrumentos que, de alguma forma, trazem segurança ao *ser humano*. É possível destacar as seguintes Constituições com suas peculiaridades: a inglesa, que consiste no governo balanceado e moderado, a privilegiar a liberdade e a propriedade; a norte-americana, que se manifesta em um documento escrito cujo poder constituinte estabeleceu direitos e regulamentou o governo com *freios* e *contrapesos*; a francesa, que traz a ideia de ruptura criadora ao defrontar os privilégios do *ancien régime* e ao definir projetos de uma nova ordem planejada racionalmente[16].

1.2 Limites à reforma constitucional

As chamadas *cláusulas pétreas* são o limite material[17] à reforma constitucional (Art. 60, §4°, da CRFB). Elas vedam a abolição do núcleo essencial do direito ao voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; os direitos e garantias individuais. Embora a literalidade do Art. 60, §4°, IV, da CRFB refira-se aos *direitos e garantias individuais*, com base na unidade e sistematicidade do ordenamento jurídico – segundo parte da doutrina e conforme a inclinação do Supremo Tribunal Federal (STF) – defende-se a inclusão no raio do limite material

[14] VOLÄNDER, Hans. **Die Verfassung: Idee und Geschichte**. München: C.H.Beck, 1999. p. 7; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 465.
[15] *Vide*: Art. 16 da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789. FRANÇA. Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Paris. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789. Acesso em: 31 mar. 2023.
[16] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 52-53.
[17] SARLET, Ingo W.; BRANDÃO, Rodrigo. Comentário ao artigo 60. In: CANOTILHO, José J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L. (Coord.) **Comentário à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 1129-1131.

todo o Título II da CRFB[18]. Esta inclusão tem fundamento nos seguintes argumentos: 1) são conteúdos da própria identidade constitucional; 2) internalização do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) (Decretos Legislativo n. 226/91 e Presidencial n. 591/92), o qual traz o compromisso de os Estados signatários progressivamente empregarem meios apropriados e recursos disponíveis para que os indivíduos exerçam os direitos constantes no Pacto[19]. Esta palavra *progressivamente* que está no PIDESC indica a vedação da criação de normas causadores de retrocesso nas conquistas sociais já estabelecidas[20].

1.3 Segurança jurídica

O princípio da proibição do retrocesso social arrima-se no princípio da segurança jurídica sendo uma das formas de sua densificação, embora os seus conteúdos não sejam os mesmos[21]. A segurança jurídica proporciona estabilidade à ordem jurídica a fim de que os indivíduos e a sociedade (e Estado)[22] possam estabelecer relações entre si assentes em parâmetros calcados pela proteção da confiança[23] a partir da *cognoscibilidade*[24], da *confiabilidade*[25] e da *calculabilidade*[26]. Em essência têm-se uma das colunas do Estado de Direito, o Estado de segurança jurídica[27], que ao evitar medidas retrocessivas de direitos adquiridos e de violações

---

[18] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 454-477; *vide*: ADI n. 939-DF c/c ADI n. 1946-DF.

[19] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 645-646.

[20] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 648.

[21] DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 213-217.

[22] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 452-454.

[23] SACHS, Michael. **Verfassungsrecht II**. Grundrecht. Berlin: Springer, 2000. p. 158.

[24] ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 683.

[25] ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 683.

[26] ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 684.

[27] HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 19 Aufl. Heidelberg: Müller, 1993. p. 206.

ao mínimo essencial já consolidado garante um nível de estabilidade individual e social para se viver e agir sem (ou mínimo de) medo ou insegurança nos âmbitos social e estatal[28]. Neste sentido, há a proteção da segurança jurídica contra normas jurídicas retrocessivas de caráter prospectivo[29].

2 Tempos de crise

Os períodos de crise marcam a história. A crise é caracterizada por insegurança e incerteza e atinge as pessoas e o Estado de distintas formas. Ela pode ser setorial ou sistêmica, dependendo das condições sociopolítico-econômico e da intervenção da administração estatal. Com objetivo de delimitar a abordagem do tema, ter-se-á como exemplo a crise sanitária e sistêmica resultante da pandemia de COVID-19 (oficializada no Brasil em 2020, mediante Decreto Legislativo 6 de 20 de março[30], antecedido pela Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro)[31].

2.1 Concepção de crise

Compreende-se por crise alterações estruturais que ameaçam a existência continuada e estruturada de uma determinada identidade social em um específico momento histórico. Por isto, o período de crise apresenta incerteza e insegurança, contradições e conflitos, que dependendo do seu contexto afeta direta ou indiretamente algumas dimensões da sociedade e do Estado, ocasionando sintomas de anomia e enfraquecimentos institucionais[32]. Se há período de não-crise há o de

---

[28] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 646.

[29] *Vide*: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 456.

[30] SARLET, Ingo Wolfgang; BARBOSA, Jeferson Ferreira. O combate à Covid-19 e o papel do Supremo Tribunal Federal: entre direito à saúde e conflitos federativos. In: **SUPREMA. Revista de estudos constitucionais**. Brasília, v. 2, n. 1, p. 94.

[31] *Vide*: SARLET, Ingo Wolfgang; BARBOSA, Jeferson Ferreira. Direito à saúde em tempos de pandemia e o papel do Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. v. LXII, n. 2, Lisboa, 2021. p. 23; MAMEDE, Alex Jordan Soares Monteiro. **Direitos fundamentais trabalhistas: restrições da jurisprudência da crise na pandemia**. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2023. p. 29.

[32] MAIA, Felipe. Crise, crítica e reflexividade: problemas conceituais e teóricos na produção de diagnóstico de época. In: **Sociologias**, Porto Alegre, a. 23, n. 56, jan.-abr. 2021. p. 228, 237.

crise a implicar medidas estatais consoante as circunstâncias sociopolítico-econômicas.

Há crises setoriais e há as que se alastram por todo o sistema. Os aspectos comuns são a escassez de recursos e a necessária solidariedade na distribuição dos custos. Por conseguinte, ela produz efeitos negativos na capacidade de financiamento de alguns direitos fundamentais, principalmente os sociais[33]. O problema reside nas pessoas que são atingidas de distintas formas, conforme a situação socioeconômica, como foi o caso da crise produzida pela pandemia de COVID-19[34] no que se trata, *e.g.*, no setor da saúde[35] e no setor produtivo do país. Em essência, nos tempos de crise há o surgimento e a intensificação de vulnerabilidades sociais a afetar de forma direta a dignidade da pessoa humana.

2.2 Direito e crise

O Estado democrático de Direito constitucional é demandado a produzir uma resposta às disfunções ocasionadas pela crise. Dependendo da intensidade, do setor e da envergadura da crise, a efetivação de direitos torna-se sujeita à restrição ou à suspensão, *e.g.*, o estado de exceção. Neste caso, há a previsão constitucional da sua própria suspensão[36], restrição[37] ou relativização (estado de defesa [Art. 136 da CRFB] e de sítio [Art. 137 da CRFB]), porém não há positivação constitucional para a crise ocasionada, *e.g.*, pela pandemia de COVID-19[38], na qual se está diante de uma lacuna jurídica. Com isto, é necessário levar em consideração que a natureza de lei excepcional de um estado de necessidade – promulgadas devido às circunstâncias

---

[33] MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 9.
[34] *Vide*: BARBOSA, Jeferson Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang. Desafios da COVID-19 à seguridade social brasileira. In: Revista de direitos fundamentais & democracia, v. 2, n. 2, p. 129-130.
[35] SARLET, Ingo Wolfgang; BARBOSA, Jeferson Ferreira. Direito à saúde em tempos de pandemia e o papel do Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.** v. LXII, n. 2, Lisboa, 2021. p. 232-233.
[36] AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 12.
[37] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 411.
[38] BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 404.

excepcionais – contradizem a hierarquia normativa, a qual é a base das constituições democráticas, e convertem fatos em direitos[39].

Em que pese o estado de necessidade apresentar-se anômico com a suspensão do direito[40], a crise – embora peculiar e inesperada – não pode impedir a regularidade das atividades dos Poderes constituídos. Por consequência, várias demandas chegam ao Judiciário, que deve decidir a partir das normas vigentes e dos fatos e condições concretas. Assim, o STF, em 2019 ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 2238 (flexibilização de direitos dos servidores públicos), vê surgir a interpretação constitucional alinhada aos tempos de crise econômico-fiscal[41] contrapondo à interpretação da inexistência de espaço para a flexibilização dos direitos trabalhistas, mesmo durante uma crise econômica. Preponderou a decisão de impossibilidade de redução nos vencimentos dos servidores públicos[42].

Os efeitos das decisões judiciais impactam nas decisões administrativo-financeiras do Estado, criando-se a chamada jurisprudência da crise, que, em alguns Estados como Argentina, Colômbia, Lituânia, Portugal, Grécia e Brasil[43], o Poder Judiciário é instado a decidir sobre a escassez de recursos financeiros e a manutenção das prestações de direitos sociais[44]. Destarte, pode-se compreender as decisões judiciais confrontadas com os efeitos da crise como interpretações judiciais excepcionais e transitórias com a finalidade de responder às circunstâncias críticas, principalmente com o foco a flexibilização de políticas de governo direcionada aos direitos fundamentais sociais[45].

---

[39] AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção.** Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 19, 46, 48.

[40] AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 79.

[41] SARLET, Ingo Wolfgang; BARBOSA, Jeferson Ferreira. Social security in times of COVID-19 in Brazil. In: **Protecting Livelihoods**. A global comparison of social law responses to the COVID-19 crisis. (Eds. Ulrich Becker/Anika Seemann). Baden-Baden: Nomos, 2022. p. 50.

[42] MAMEDE, Alex Jordan Soares Monteiro. **Direitos fundamentais trabalhistas: restrições da jurisprudência da crise na pandemia**. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2023. p. 27.

[43] MAMEDE, Alex Jordan Soares Monteiro. **Direitos fundamentais trabalhistas: restrições da jurisprudência da crise na pandemia**. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2023. p. 28.

[44] MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 9-10.

[45] MAMEDE, Alex Jordan Soares Monteiro. **Direitos fundamentais trabalhistas: restrições da jurisprudência da crise na pandemia**. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2023. p. 29.

Diante do cenário de crise e das decisões judiciais cunhou-se a expressão "jurisprudência da crise", que significa, estritamente, o conjunto de precedentes judiciais condizentes à constitucionalidade de medidas de austeridade. Seu significado mais amplo indica a reorientação jurídica necessária para responder às demandas produzidas pela crise[46]. Tendo em consideração algumas características dos direitos fundamentais sociais como o fundamento (relativo, contingente e heterogêneo), a titularidade (pertencentes a determinados grupos) e a tutela (caracterizada pela prestação)[47], os tribunais precisaram lidar com a essência e abrangência dos direitos fundamentais e as medidas político-financeiras adotadas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

3 Aplicação da proibição do retrocesso social

A aplicação do princípio da proibição do retrocesso social posiciona-se de forma estratégica e emblemática em tempos de crise que afeta os direitos fundamentais sociais e os recursos financeiros do Estado (reserva do possível). Destarte, levanta-se a hipótese de suspensão da sua aplicabilidade quando o Estado se encontra diante de redução da arrecadação de recursos financeiros e, ao mesmo tempo, perante o aumento de demanda de recursos financeiros (e humanos), como foi o caso, *e.g.*, da crise provocada pela pandemia de COVID-19. Analisa-se se o princípio da proibição do retrocesso social em período de crise (seja qual for a sua dimensão) deve incidir ou não no contexto sociopolítico-econômico.

3.1 Contrapontos: princípio da proibição do retrocesso social na crise

Estabelece alguns contrapontos à incidência do princípio da proibição de retrocesso social em tempos de crise. A fim de estabelecer critérios e limites argumentativos optou-se por abordar alguns princípios – dentre outros possíveis – estruturantes e direitos fundamentais, principalmente, sociais. Os argumentos

---

[46] MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 12.
[47] BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 279-280.

apresentados servem de base para a resposta a ser formulada ao problema estabelecido na introdução.

3.1.1 Princípio democrático

O princípio democrático constitui-se em objeção à proibição do retrocesso social pelo argumento de subtração de espaço de conformação para o legislador em decisões oriundas da deliberação democrática, já que o princípio democrático é estrutural do Estado democrático de Direito ao garantir efetividade dos direitos fundamentais no aspecto deles apresentarem tendência contramajoritária[48]. Embora os efeitos da proibição do retrocesso social possam limitar o legislador derivado, esta limitação não significa aniquilar ou extinguir sua liberdade deliberativa, que *ab ovo* se encontra ancorada em limites originariamente estabelecidos pelo legislador originário[49], não estando à disposição dos poderes constituídos[50]. Trata-se da garantia da manutenção do nível mínimo de concretização conquistado[51] a fim de preencher as exigências do mínimo de direitos e garantias fundamentais. Outrossim, poderá o legislador derivado decidir por alterar o *como* e *quanto* se realiza a concretização dos direitos fundamentais, sem se ter retrocesso em seu *nível mínimo de concretização*[52]. Em que pese a crise possa exigir medidas imprevistas, retroceder ao ponto de violar o *mínimo existencial* de realização dos direitos fundamentais sociais é debilitar a democracia, ao comprometer a sua base de sustentação – o povo.

---

[48] BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 435-436.

[49] ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 407.

[50] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 646.

[51] NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 137-139.

[52] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 463-464.

3.1.2 Hierarquia normativa

Esta objeção está direcionada ao fato da valoração de normas infraconstitucionais densificadoras de direitos fundamentais sociais como normas constitucionais. Ainda, a consequência pode ser a conferência de maior valor a normas infraconstitucionais do que às constitucionais. Isto mostra-se como um desvirtuamento da hierarquia e da força normativa constitucional, inclusive adquirindo *status* de cláusulas pétreas. Tal argumento contrário à proibição de retrocesso social teria força e fundamento se se levasse à imutabilidade material das normas infraconstitucionais. Não é o caso da incidência do princípio, pois a proibição de retrocesso está dirigida às próprias normas constitucionais ao abranger a sua eficácia e efetividade (Art. 5°, §1°, da CRFB)[53]. Logo, está-se diante de um princípio de vedação de um retorno à omissão ou/e à inefetividade constitucional, ao proteger conteúdo específico do direito fundamental social[54]. Em tempos de crise, em que pese as possíveis dificuldades de recursos humanos e financeiros, a retrocessão para aquém do nível mínimo garantido de realização dos direitos fundamentais sociais[55] significa ignorar a força normativa e a importância dos valores (sociais) contidos nas normas hierarquicamente superiores e nucleares do ordenamento jurídico. É com o auxílio da ordem jurídica que se enfrentam crises e não com o seu desmantelamento.

3.1.3 Necessária eficácia do sistema de direitos fundamentais

A objeção da efetividade e extensão do princípio da proibição do retrocesso social encontra-se no argumento da necessidade de buscar o equilíbrio entre os elementos do sistema dos direitos fundamentais sob o fundamento de minimizar ou

---

[53] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 646; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 466.
[54] NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 145-147.
[55] BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 465-466.

evitar colisões entre os direitos fundamentais, principalmente entre os direitos de liberdade e as demais dimensões. Neste sentido, a proibição do retrocesso operaria como entreve à medida corretiva a fim de evitar colisões, *v.g.*, com os direitos de liberdade, essencialmente advindas de normas densificadoras de direitos fundamentais sociais. O argumento contrário defende a inexistência de óbice à coexistência entre os direitos fundamentais de liberdade e os das demais dimensões, especificamente, os sociais. As dimensões dos direitos fundamentais estão intrinsecamente vinculadas entre si e exigem efetivação (Art. 5°, §1°, da CRFB)[56]. O esforço de concretizar os direitos fundamentais sociais resulta em fortalecimento dos direitos fundamentais de liberdade. Desta feita, manter a efetividade dos direitos fundamentais sociais, *e.g.*, não significa debilitar e colidir com os direitos fundamentais de liberdade[57], mas buscar garantir a todos, mesmo na crise, manter as condições materiais mínimas para subsistência e exercício de todas as dimensões de direitos fundamentais.

3.1.4 Reserva do possível

A reserva do possível surge como objeção ao princípio da proibição do retrocesso devido à vinculação da capacidade financeira do Estado e os custos que envolvem os direitos fundamentais sociais, *e.g.*, pois cabe ao legislador determinar as prioridades financeiras do Estado. Como se trata de um condicionamento fático diretamente vinculado à demanda e à capacidade de organização e de prestação do Estado, a crítica a não-retrocessão está no condicionamento sofrido pelos Poderes Executivo e Legislativo [58], ou seja, faticamente pode ser complexo evitar a retrocessão dos direitos fundamentais sociais. Tal complexidade aumenta em tempos de crise, principalmente, as que afetam a capacidade de financiamento do Estado. No entanto, o esforço estatal e da sociedade deve ser por equalização da

---

[56] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 465.

[57] NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 147-150.

[58] NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 157-158.

distribuição do ônus financeiro a fim de manter as prestações fundamentais em níveis básicos[59], sem as quais – em um Estado de desigualdade[60] como o brasileiro – grande parcela da população ficará sem as condições mínimas para sobreviver à crise.

3.1.5 Dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade humana (Art. 1°, III, da CRFB) no ordenamento jurídico brasileiro é princípio e dimensão axiológica fundamental, sendo considerado valor fonte carregado de normatividade formal e material e guindado a princípio (e regra)[61] de maior hierarquia axiológico-valorativa[62]. A todos os seres humanos sob a jurisdição do Estado brasileiro promove-se e protege-se a dignidade; e a dignidade se concretiza e se manifesta (principalmente) por meio da efetivação (de muitos) dos direitos fundamentais em seu patamar do mínimo existencial[63], dentro dos parâmetros das noções da *Untermaßverbot* ou da *Übermaßverbot* no que tange aos limites dos limites e à efetivação dos direitos fundamentais[64].

Se em tempos de crise for ao Estado relativizado/suspenso promover e proteger a dignidade da pessoa humana por meio da relativização da concretização dos direitos fundamentais, poder-se-á ter a redução dos custos que as suas efetivações implicam e o Estado poderá investir tais recursos na redução ou no enfraquecimento da crise. Isto resultaria, provavelmente, em redução de tempo e

---

[59] *Vide*: SARLET, Ingo Wolfgang; BARBOSA, Jeferson Ferreira. Direito à saúde em tempos de pandemia e o papel do Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. v. LXII, n. 2, Lisboa, 2021. p. 234-235.

[60] Há que se levar em consideração que 10% dos brasileiros considerados mais ricos possuem 43% da renda no país. OXFAM. Entenda as causas da desigualdade social e como afeta a população. https://www.oxfam.org.br/blog/entenda-as-causas-da-desigualdade-social-e-como-afeta-a-populacao/. Acesso em: 22 mai. 2023; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 476-477.

[61] *Vide*: ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 94-97.

[62] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 82-83.

[63] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 466.

[64] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 648; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 416.

amenização de consequências para alguns setores da sociedade. Por outro lado, ter-se-á a divisão em seres humanos autonomamente capazes de estarem nos parâmetros do mínimo existencial[65] de dignidade e os incapazes de manterem a sua dignidade. A situação de indignidade recairá de forma mais gravosa aos vulneráveis, impondo-os situações e circunstâncias que os situem aquém do mínimo existencial. O princípio da vedação do retrocesso social evita que se viole o núcleo essencial dos direitos fundamentais, principalmente, os da segunda dimensão a partir dos parâmetros da dignidade da pessoa humana, embora o núcleo essencial não se confunda nem corresponda totalmente ao conteúdo da dignidade da pessoa humana[66].

3.1.6 Princípio da solidariedade (objetivos fundamentais)

O princípio da solidariedade[67], *e.g.*, extraído dos objetivos fundamentais (Art. 3°, I, *in fine*, da CRFB) estabelece finalidades a serem perseguidas por todas as normas a incidir no ordenamento jurídico no Estado brasileiro. Por conseguinte, *construir uma sociedade* [brasileira] *mais solidária* é dever dos órgãos do Estado e das pessoas sob sua jurisdição. Em tempos de crise, *e.g.*, estimulada pela pandemia, a solidariedade exige maior e melhor distribuição do ônus socioeconômico conforme a capacidade de suportar as consequências da crise a fim de se manter e superá-la. O princípio da solidariedade, em sua dimensão estrutural, situa a distribuição do ônus entre as pessoas na medida da capacidade de suporte a fim de manter a igualdade formal e material. Por consequência, os vulneráveis devem ter “maior” proteção do Estado para que não se agrave ainda mais suas vulnerabilidades (Art. 29, 1, Declaração Universal dos Direitos Humanos).

---

[65] KIRSTE, Stephan; SARLET, Ingo. Das Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum. **Der Staat**. 62, Berlin: Duncker & Humblot, 2023. p. 33-34.

[66] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 421, 423.

[67] Utiliza-se o princípio da solidariedade dos objetivos fundamentais constitucionais a fim de ilustrar as possíveis aplicações dos demais princípio constantes do (Art. 3° da CRFB). *Vide*: MASSAÚ, Guilherme Camargo; BAINY, André Kabke. The role of the fundamental objectives of Brazilian Federal Constitution: the dialectics system-problem. **Rechtstheorie**. 51, 3, Berlin: Duncker & Humblot, 2020. p. 363-377.

Aos vulneráveis, as garantias da manutenção das prestações básicas em níveis suficientes para garantir sua dignidade. Aos não-vulneráveis a exigência de esforço contributivo – na dimensão e em proporção à sua condição particular – visando manter a capacidade de financiamento do Estado. Embora uma crise possa acarretar redução de renda à maioria das pessoas, em uma sociedade com a desigualdade como a brasileira, os poucos abastados podem suportar um aumento proporcional do ônus a partir de estratégia e de métricas estatais. Ao Estado, em conformidade com os direitos fundamentais, essencialmente os sociais, deve adotar medidas e estratégias que proteja a todas as pessoas sob sua jurisdição, sob pena de causar o "efeito Titanic".

3.1.7 Direitos fundamentais sociais

Os direitos fundamentais sociais caracterizam-se, em sua maioria, como prestacionais. Por exigirem prestações estatais, há maior demanda de recursos econômicos, o que em uma crise com reflexos na economia pode afetar a capacidade financeira do Estado em garantir o nível das prestações até então realizadas. Isto suscita a perspectiva de suspender/cancelar prestações concretizadoras de direitos fundamentais sociais com o objetivo de utilizar os recursos financeiros para debelar ou enfraquecer a crise. O problema de se admitir a retrocessão é o fato de violar o núcleo valorativo e normativo do ordenamento jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana e as demais normas constitucionais. São as normas constitucionais, essencialmente, os direitos fundamentais – inclusive e essencialmente os sociais – que freiam a desumanização do Estado seja em sua postura ativa ou omissiva. Ao afastar os limites mínimos de acesso e de efetividade já existentes dos direitos fundamentais sociais, os vulneráveis terão agravada sua vulnerabilidade com as medidas retrocessivas na efetivação dos direitos sociais. Por isto, entende-se pertinente e essencial a aplicabilidade do princípio da vedação do retrocesso, pois em período de crise a vida (em todas suas formas de manifestação) não é suspensa e as pessoas com maior vulnerabilidade correm maiores riscos de não conseguir sobreviver à crise, *e.g.*, a provocada pelo COVID-19. Nota-se que permanente efetividade da proibição do retrocesso, mesmo em período de crise, mantem em vigor

o compromisso do Estado social em garantir o mínimo de *bem-estar* dos cidadãos e dos seres humanos na sociedade, principalmente quando protege os hipossuficientes[68]. As obrigações do Estado aos cidadãos e às pessoas é propiciar um gênero de vida condizente à saúde, sem fazê-las depender de esmolas[69].

3.2 A metáfora do Titanic[70]

A fim de formar uma imagem a partir dos pontos favoráveis e desfavoráveis acima expostos, é possível convocar a história/estória[71] do navio *Titanic* como uma possível metáfora/alegoria do que pode ocorrer ao ignorar os efeitos da retrocessão e suspender os efeitos do princípio da proibição do retrocesso social.

Se se levar em consideração a narrativa do filme "Titanic" (1998), os passageiros da terceira classe (os vulneráveis economicamente) ficaram trancados nos compartimentos a abaixo do convés, não só dificultando, mas inviabilizando a disputa de lugares nos botes salva-vidas assim como tentar outros meios para salvarem suas vidas. A redução de disputa de espaço nos botes favoreceu aos que estavam em espaços do navio mais acessíveis aos botes. Desta forma, a crise

---

[68] BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 97-98.

[69] MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **O espírito das leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. p. 327 (Livro XXIII, Cap. XXIX).

[70] O RMS *Titanic* era um navio transatlântico de passageiros que, ao sair de Southampton (Inglaterra) em direção à cidade de Nova York (Estados Unidos da América), afundou em sua viagem inaugural (1912) ao se chocar em um *iceberg*. Tratava-se do maior (270 metros) e mais moderno navio construído até o momento, com capacidade para 3.511 passageiros, embora houvesse botes salva-vidas suficientes para apenas 1.178 pessoas, sendo que estavam embarcadas 2 mil pessoas (tripulantes e passageiros). Devido à inclinação do navio e à forma de evacuação nem todos os botes foram preenchidos à capacidade máxima, tendo como sobreviventes 706 pessoas. Por volta de 1,5 mil pessoas morreram de hipotermia devido à água gelada. Centenas de pessoas podem ter morrido no navio ao afundar, pois a maioria estava na terceira classe, sendo imigrantes a buscar por um futuro melhor nos Estados Unidos da América. NATIONAL GEOGRAPHIC BRASIL. https://www.nationalgeographicbrasil.com/historia/2019/08/como-foi-o-naufragio-e-redescoberta-do-titanic. Acesso em 5 de abril de 2023.

[71] Designa-se história/estória, pois utilizar-se para a formação metafórica do que pode ocorrer se o Estado adotar medidas de restrições de direitos fundamentais, especialmente, os sociais em período de crise sanitária e econômica. Os fatos históricos condizem às informações acessadas em sítios contentores de informações e dados sobre o navio e o acidente em termos gerais. A estória retirada da narrativa do filme "Titanic" a fim de fazer um paralelo com a realidade social brasileira, entre a classe que possui fácil acesso a tudo e as demais possuidoras de severas restrições de acesso ao mínimo necessário.

produzida por qualquer fator, mas, no caso, pela pandemia de COVID-19, não deve sacrificar os mais vulneráveis para salvar os menos vulneráveis em termos de disputa em face da escassez de recursos financeiros. Há que se dividir os ônus e o bônus de se estar a comungar o espaço de e contribuir com um mesmo Estado.

Em que pese o argumento da escassez de recursos ("botes salva-vidas") financeiros e do aumento da demanda destes recursos, optar por resguardar os não-vulneráveis e restringir e suspender direitos dos vulneráveis (*e.g.*, suspensão ou flexibilização dos direitos trabalhistas[72]) é provocar o "efeito Titanic", ou seja, decidir institucionalmente "prender os vulneráveis nos porões do navio que está adornando a fim de possibilitar a disputa por espaço do maior número de não-vulneráveis nos limitados botes salva-vidas" sob o argumento de que no futuro, os sobreviventes reerguerão o "navio". O resultado tende a ser a sobrevivência somente dos menos/não-vulneráveis. Embora todas as pessoas estejam envolvidas no "mar revolto" da crise, as chances e as perspectivas de "sobrevivência" estão relacionadas às condições e aos meios de subsistência que cada pessoa possui e/ou tem acesso.

Sem a distribuição e a comunhão de auxílio com base no princípio da igualdade na sua forma de equidade[73] sentencia-se os vulneráveis ao máximo de sofrimento. Por isto, a fim de manter o mínimo e resguardar ao máximo a possibilidade de acesso ao mínimo existencial pelos vulneráveis é que o princípio da proibição do retrocesso social deve incidir, inclusive e sem exceção, nos tempos de crise fundamentalmente para proteger a manutenção do acesso ao mínimo existencial de todas as pessoas[74], mas principalmente dos vulneráveis.

O argumento referente à sua inaplicabilidade em tempos de crise pelo fato da falta de recursos financeiros por parte do Estado e para estimular gatilhos econômicos com o intuito de enfraquecer ou sair da crise, resulta o mesmo da

---

[72] Segundo a OXFAM, existem cerca de 40 milhões de trabalhadores informais e cerca de 12 milhões de desempregados. Com a crise econômica provocado pelo COVID-19, estima-se que 2,5 milhões de pessoas ingressem no desemprego. OXFAM. Coronavírus vai empurrar meio bilhão de pessoas para a pobreza. https://www.oxfam.org.br/noticias/coronavirus-vai-empurrar-meio-bilhao-de-pessoas-para-a-pobreza/?_ga=2.160365309.1178497507.1684779753-936466300.1684779753. Acesso em: 22 mai. 2023.

[73] *Vide*: DIMOULIS, Dimitri. **Direito de igualdade**. Antidiscriminação, minorias sociais, remédios constitucionais. São Paulo: Almedina, 2021. p. 251-327.

[74] BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 431-432.

decisão de deixar grande parcela dos embarcados presos para possibilitar a sobrevivência da minoria. Como exposto acima, os argumentos contra a incidência do princípio da proibição de retrocesso social em tempos de crise afetam (enfraquecendo ou anulando) princípios e direitos considerados fundamentais. Sacrificar a maioria da população brasileira com o intuito de resguardar o conforto da minoria é subverter a ordem jurídico-constitucional e humanitária.

Conclusão

Em face do exposto tende-se a concluir pelo vigor, necessidade e aplicabilidade do princípio da vedação do retrocesso em tempos de crise, fundamentalmente, tendo como o exemplo a crise provocada pela pandemia de COVID-19. Contudo, tal incidência do princípio não deve ser absoluta, mas garantir a manutenção do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais já efetivados, mesmo em condições mínimas[75]. A partir dos contrapontos elencados pode-se chegar às seguintes conclusões: *a)* à democracia é fundamental manter a base contramajoritária, a fim de preservar a essencial pluralidade, isto pelo fato de o legislador constituído não ter a plena disposição de poderes; *b*) o respeito à hierarquia normativa mantém a coerência do sistema e resguarda a democracia e o Estado de Direito constitucional, independentemente de relativizações pontuais, secundárias e temporárias; *c*) a dignidade da pessoa humana deve ser prioridade em qualquer circunstância, logo, ao Estado cabe se humanizar e não o ser humano se estatizar[76]; *d*) a eficácia dos direitos fundamentais, ao menos em seu grau mínimo, mantém a dignidade da pessoa humana e promove a pessoa, principalmente em tempos de crise, justamente no momento em que se faz necessário a proteção das condições mínimas de viabilidade dos ser humano; *f*) a reserva do possível deve ser observada diante da existência de recurso e da infinidade da demanda, mas deve-se levar em consideração a manutenção do mínimo existencial alcançado antes da

---

[75] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 470-471.
[76] BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise.** Coimbra: Almedina, 2015. p. 331.

crise; *g*) a solidariedade promove a distribuição proporcional dos ônus e bônus a partir da continuação das prestações dos direitos fundamentais sociais e da assistência social[77] reduzindo desigualdades sociais (Art. 3°, III, da CRFB); *h*) direitos fundamentais sociais devem ser mantidos a todo o custo na sua efetividade mínima e já concretizada, sob pena de vulnerabilizar e inviabilizar a vida de muitos seres humanos.

Por fim, se toda a fixidez é considerada nociva e anti-histórica[78], a flexibilidade e permissividade de atrocidades contra a vida e a dignidade é inadmissível. Por isto, a fixidez em parâmetros mínimos em garantias e direitos reforça a proteção contra a repetição histórica o que é considerado impensável. Neste caso, a fixidez em níveis mínimos e intransponíveis é uma garantia de manter os avanços civilizacionais conquistados. Trata-se de empenhar todo o esforço para não coisificar a dignidade do *ser humano*[79] em favor de elementos que deveriam promovê-la, *e.g.*, como a economia (Art. 170 da CRFB)[80]. Por isto, o Estado deve realizar o esforço máximo para manter a existência digna das pessoas.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARBOSA, Jeferson Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang. Desafios da COVID-19 à seguridade social brasileira. In: **Revista de direitos fundamentais & democracia**, v. 2, n. 2, p. 128-157, mai./ago. 2022. https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v27i2426.

BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2015.

[77] *Vide*: BARBOSA, Jeferson Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang. Desafios da COVID-19 à seguridade social brasileira. In: **Revista de direitos fundamentais & democracia**, v. 2, n. 2, p. 136-139.

[78] BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 440.

[79] SACHS, Michael. **Verfassungsrecht II**. Grundrecht. Berlin: Springer, 2000. p. 173-174.

[80] SARLET, Ingo Wolfgang. Menschenwürden und soziale Grundrechte in der brasilianischen Verfassung am Beispiel des Existenzminimums. In: **Menschenwürden im 21. Jahrhundert**. (Stephan Kirste, Draiton Gonzada de Souza, Ingo Wolfgang Sarlet. Hrsg.). Baden-Baden: Nomos, 2018. p. 144.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. **Direito de igualdade**. Antidiscriminação, minorias sociais, remédios constitucionais. São Paulo: Almedina, 2021.

FRANÇA. Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Paris. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789. Acesso em: 31 mar. 2023.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 19 Aufl. Heidelberg: Müller, 1993.

KIRSTE, Stephan; SARLET, Ingo. Das Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum. **Der Staat**. 62, Berlin: Duncker & Humblot, 2023. p. 27-70.

MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MAIA, Felipe. Crise, crítica e reflexividade: problemas conceituais e teóricos na produção de diagnóstico de época. In: **Sociologias**, Porto Alegre, a. 23, n. 56, jan.-abr. 2021. p. 212-243. https://www.scielo.br/j/soc/a/L8VGG9WJZB96CFtxxrxTr9y/?lang=pt&format=pdf. Acesso em: 10 abr. 2023.

MAMEDE, Alex Jordan Soares Monteiro. **Direitos fundamentais trabalhistas: restrições da jurisprudência da crise na pandemia**. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2023.

MASSAÚ, Guilherme Camargo; BAINY, André Kabke. The role of the fundamental objectives of Brazilian Federal Constitution: the dialectics system-problem. **Rechtstheorie**. 51, 3, Berlin: Duncker & Humblot, 2020. p. 363-377.

MASSAÚ, Guilherme Camargo. Princípio da solidariedade como critério de aplicação do princípio de proibição de retrocesso social em relação aos direitos sociais. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 1, p. 109-127, mar. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n1p109. ISSN: 2178-8189.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **O espírito das leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

NATIONAL GEOGRAPHIC BRASIL. https://www.nationalgeographicbrasil.com/historia/2019/08/como-foi-o-naufragio-e-redescoberta-do-titanic. Acesso em: 5 abr. 2023.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

OXFAM. Coronavírus vai empurrar meio bilhão de pessoas para a pobreza. https://www.oxfam.org.br/noticias/coronavirus-vai-empurrar-meio-bilhao-de-pessoas-para-a-pobreza/?_ga=2.160365309.1178497507.1684779753-936466300.1684779753. Acesso em: 22 mai. 2023.

OXFAM. Entenda as causas da desigualdade social e como afeta a população. https://www.oxfam.org.br/blog/entenda-as-causas-da-desigualdade-social-e-como-afeta-a-populacao/. Acesso em: 22 mai. 2023.

SACHS, Michael. **Verfassungsrecht II**. Grundrecht. Berlin: Springer, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang; BARBOSA, Jeferson Ferreira. Direito à saúde em tempos de pandemia e o papel do Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. v. LXII, n. 2, Lisboa, 2021. p. 213-247.

SARLET, Ingo Wolfgang; BARBOSA, Jeferson Ferreira. O combate à Covid-19 e o papel do Supremo Tribunal Federal: entre direito à saúde e conflitos federativos. In: **SUPREMA. Revista de estudos constitucionais**. Brasília, v. 2, n. 1, p. 87-117, jan./jun. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; BARBOSA, Jeferson Ferreira. Social security in times of COVID-19 in Brazil. In: **Protecting Livelihoods**. A global comparison of social law responses to the COVID-19 crisis. (Eds. Ulrich Becker/Anika Seemann). Baden-Baden: Nomos, 2022. p. 49-73.

SARLET, Ingo W.; BRANDÃO, Rodrigo. Comentário ao artigo 60. In: CANOTILHO, José J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L. (Coord.) **Comentário à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 1124-1138.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Menschenwürden und soziale Grundrechte in der brasilianischen Verfassung am Beispiel des Existenzminimums. In: **Menschenwürden im 21. Jahrhundert**. (Stephan Kirste, Draiton Gonzada de Souza, Ingo Wolfgang Sarlet. Hrsg.). Baden-Baden: Nomos, 2018. p. 143-174.

VOLÄNDER, Hans. **Die Verfassung: Idee und Geschichte**. München: C.H.Beck, 1999.

14. BIOÉTICA EMPÍRICA E *MORAL CRAFT*[1]

BIOÉTICA EMPÍRICA Y MORAL CRAFT

EMPIRICAL BIOETHICS AND MORAL CRAFT

 https://doi.org/10.36592/9786554600668-14

Joaquim Clotet[2]

RESUMO

São examinados os conceitos "Bioética Empírica" e "M*oral Craft*" conforme a exposição de Michael Parker. A bioética fundamentada apenas em princípios puramente teóricos mostra-se incapaz de resolver adequadamente conflitos de cunho ético. A moral só pode ser compreendida no contexto real em que as pessoas vivem. Ambos os axiomas motivam entre outros o surgimento da bioética empírica. A etnografia, a demografia, as ciências sociais e os dados empíricos são elementos imprescindíveis para o seu desenvolvimento. Trata-se de aprender e de resolver através da prática diária, dos êxitos e dos erros, de soluções que foram adquiridas e validadas na prática. *Moral craft* é o conjunto de princípios e de valores morais elaborado de forma individual ou coletiva, imprescindíveis para a análise, o estudo e a pesquisa de um caso ou problema. O *moral craft* como é apresentado por Parker revela o caráter que aperfeiçoa a ética empirista.

Palavras-chave: Ética. Bioética. Empirismo.

RESUMEN

Son examinados los conceptos de "Bioética Empírica" y "*Moral Craft*" usados por Michael Parker. La bioética, fundamentada tan solo en princípios teóricos, es

---

[1] Publicado em: Rev. bioét. (Impr.). 2021; 29 (1): 27-35 - http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422021291443

[2] Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Doutor Universidade de Barcelona, Pós-Doutorado Universidade de Oxford. 0000-0003-1022-9960

incapaz de resolver adecuadamente conflictos de carácter ético. La moral unicamente puede ser comprendida en el contexto real en que las personas viven. Ambos axiomas motivan, entre otros, el surgimiento de la bioética empírica. La etnografía, la demografía, las ciencias sociales y los datos empíricos son elementos imprescindibles para su desarrollo. Se trata de aprender y solucionar por medio de hechos, de éxitos y fracasos, de soluciones que fueron adquiridas y validadas en la práctica. *Moral craft* es el conjunto de principios y valores morales, elaborado de forma individual o colectiva, imprescindible para el análisis, estudio e investigación de un caso o problema determinado. *Moral craft*, tal como es presentado por Parker, manifiesta el carácter que perfecciona la ética empirista.
Palabras clave: Ética. Bioética. Empirismo.

ABSTRACT
Michael Parker's concepts of Empirical Bioethics and Moral Craft are at the centre of this paper. Bioethics grounded only on theoretical principles are unable to solve adequately ethical conflicts. Morals can only be understood in the real contexts in which people live. Both axioms, among others, call for the development of empirical bioethics. Ethnography, demography, social sciences and empirical data are absolutely necessary for its growth. The goal is to explore and solve ethical dilemmas by means of facts, daily practice, success and failures, and solutions acquired and validated by practice. The moral craft is a moral and theoretical construction, made individually or collectively for analyses, study or solution of a research, case or problem. The moral craft, according to Dr. Parker, reveals a character that enriches and perfects an ethics moulded by the empiricism.
Keywords: Ethics. Bioethics. Empiricism.

Ética e ética aplicada

O conceito de Bioética Empírica mereceu minha atenção a partir da leitura do livro *Ethical Problems and Genetics Practice* [1] e dos diálogos com seu autor, o professor Michael Parker. A obra, ainda que dirigida principalmente aos profissionais

da genética, mereceu minha especial atenção, pois reúne ideias e interpretações, para mim pouco frequentes em um texto de ética e de bioética.

Considero apropriado iniciar com um breve comentário sobre os conceitos de ética, ética aplicada e bioética, que antecedem e introduzem significativamente o de bioética empírica.

Tentar definir a ética é um empreendimento pouco menos que impossível. As vezes penso que estou tentando desvelar o enigma da ética. Cortina e Martínez, porém, a definem de forma genérica com clareza e brevidade. *Ética entendida como parte da Filosofia que se dedica à reflexão sobre a moral* [2]. Não é uma novidade a sua relevância, pois trata-se de um tema intimamente enraizado no ser humano, em sua vida, suas aspirações e decisões individuais e coletivas, sejam elas familiares, profissionais, políticas, esportivas ou ambientais. A extensa e diversa gama de concepções filosóficas, mediadas pela cultura, a economia, a política, a religião, a mídia, o meio ambiente, a ciência e a tecnologia, constitui um conglomerado polimórfico de conceitos, de atitudes e de valores passíveis de interpretações e de condutas diversas. Há, no entanto, um elemento primordial ou eixo neural que a estrutura e a dinamiza: o ser humano, o sujeito, o eu, o homem ou a mulher, o masculino ou o feminino. Dificultam, porém, a compreensão desses conceitos, afirmações desconcertantes como a de S. Hawking [...] *we, who are ourselves mere stardust* [...] [3].

No progresso paulatino físico e psíquico do ser humano surge uma série de interrogações. Uma delas, manifestada explícita ou implicitamente, expoente do amadurecimento racional e emocional, é a pergunta sobre o que é bom "*What is good?*" [4], e primordialmente desde a metaética a questão da definição [5]. Ultrapassando o tema do significado, Wittgenstein, ciente das diversas interpretações da ética ao longo da história da filosofia, da sua relação com as humanidades e da carência de dados objetivos e numéricos, a descreve como uma tendência ou inclinação do ser humano ao bem-estar, à justiça, à amizade, ao respeito, à paz..., que nunca iria ridicularizar nem desrespeitar [6].

Ao aprofundar o mesmo tema é fácil se aperceber de que há perguntas que suscitam dúvidas e desconfiança. Existe uma única resposta aos questionamentos éticos? Os princípios da ética estão condicionados à própria pessoa, à cultura ou à

educação? Assim sendo, o ceticismo ou o relativismo são os melhores posicionamentos perante os valores humanos? Questionamentos análogos, relacionados com a ética normativa e a ética prescritiva, ocuparam numerosos pensadores ao longo dos séculos. Esta reflexão, acrescida, continua na atualidade.

Imersa nos temas antropológicos, epistêmicos e metaéticos da história da filosofia e mais concretamente da ética, surge de forma explícita e progressiva a ética aplicada, também denominada ética prática [7]. A mesma refere-se a enunciados próprios da ética normativa sobre ações singulares da vida individual ou coletiva (p. ex. a opção pelo estado sedativo permanente), profissional (p. ex. a ética empresarial ou *business ethics*), social (p. ex. a discriminação em razão do gênero) e internacional (p. ex. o problema dos refugiados) [8]. De forma sintética, Peter Singer a define como "*The application of ethics or morality to practical issues*" [9]. De modo mais recente, John McMillan a introduz como [...] *an emphasis upon attempting to provide answers to practical moral questions* [10]. Não se trata de uma novidade, pois os filósofos têm-se dedicado sempre a problemas relevantes, e às vezes urgentes, da vida prática tal como fizeram, a respeito do suicídio, Sêneca [11] e D. Hume [12] e, em problemas mais abrangentes, B. Russell [13].

A ética, e de modo especial a ética aplicada, estende sua projeção e seu conteúdo desde os alvores do século XX para a ciência, para a sociedade e para o universo. Resulta evidente que o desenvolvimento científico, tecnológico e social precisava de um *locus* para harmonizar as ciências da vida, com especial ênfase à ecologia, às ciências tecnológicas e ao progresso, com os valores individuais, sociais e globais, de forma a considerá-los necessariamente inseparáveis, quase visando à utopia.

O desenvolvimento tecnológico deveria progredir em consonância com o bem-estar social e, em nossos dias, com a premente inclusão do meio ambiente e a contenção do ameaçador aquecimento global. *We have to stop our emissions of greenhouse gases*[14]. [...] *The bigger your carbon footprint - the bigger your moral duty* [15]. Não sendo assim, seria previsível uma debacle universal, que lamentavelmente também afetaria o *human flourishing* [16]. Deve-se reconhecer que a humanidade tem uma dívida econômica e moral desde o início da Revolução Industrial que só aumentou ao longo dos séculos [17].

Bioética

Ante a problemática e desafios apresentados anteriormente, Paul Max Fritz Jahr, sensibilizado, criou o termo *Bio-Ethik,* em 1927 [18], e Van Rensselaer Potter, o de *Bioethics,* em 1971 [19]. O crescimento e a relevância da bioética em âmbito internacional foi e continua sendo uma área fecunda e insubstituível para o desenvolvimento da sociedade com desafios imprevisíveis em um futuro próximo [20].

Há discordância entre os autores na consideração da bioética como uma ética aplicada [21]: alguns a subordinam e outros a declaram independente [22]. Ambos posicionamentos, porém, confirmam a interdisciplinaridade e a pluralidade de perspectivas e de métodos, sendo possível afirmar que é uma macroética [23], que há variedade de bioéticas [24] e que se trata de uma *hybridized discipline* [25].

Estas diferenças justificam-se em parte devido ao fato de que, desde seu início, a bioética reuniu cientistas e filósofos e, posteriormente, houve uma marcante presença de profissionais das áreas da saúde, abrindo-se finalmente à sociedade global, o que foi uma preocupação desde seus primórdios.

Bioética empírica

As definições da bioética também evoluíram [26]. A sociologia, o direito, as ciências, a etnografia e o interesse pela objetividade adquiriram maior relevância. Estas especialidades abriram o horizonte para uma bioética mais focada na prática, mais acurada e mais abrangente. Os dados quantitativos e as informações singulares sobre casos vividos foram considerados prioritários para o estudo, a pesquisa e a tomada de decisões. A epistemologia, sem relegar a teoria, considerou imprescindível uma maior aproximação aos aspectos experimentais ou sensitivos.

Estas características (política, esfera pública, conflitos entre as tradições disciplinares, diversidade, aspectos singulares ou diferenciais das pessoas: paciente, família, profissão, região, país) influíram principalmente para diferenciar a bioética, até aqui tratada, da bioética que considera relevantes as informações que envolvem cada questão ou problema. Esta é a denominada bioética empírica, *empirical bioethics*.

Têm sido objeto de especial atenção, na obra de Michael Parker [1], alguns comentários e definições que perfilam uma visão original e diferenciada da ética e da bioética. Considero relevantes *morality, ethics, bioethics, empirical bioethics, ethnography* e *moral craft*. Constituem, sob minha ótica, o âmago de uma esclarecedora e construtiva visão de bioética. A expressão "*Empirical Turn in Bioethics"* confirma este posicionamento [27].

Morality only makes sense in the context of some shared established practices and values [28].

> [...] *I have observed and attempted to track ethical problems as they have emerged and changed* [...] *my role is deeply implicated in the enactment of ethics in this setting* [29].
>
> [...] *bioethics fails to take sufficiently seriously the moral significance of the realities within which people, including patients, families and doctors live and work* [30].
>
> [...] *ethnography offers the possibility of a bioethics better informed about the meaning and intersubjective significance of the situation under consideration* [...] [30].
>
> [...] *the experienced genetics professional committed to the moral craft of genetics sees an important and vital rule in her practice for the continuation of an active and productive interplay between morals and ethics* [...] [31].
>
> *For almost long as there has been bioethics, there have been demands for it to be more empirically informed and for a greater emphasis to be placed on the role of the empirical in bioethical deliberation* [32].

As afirmações anteriores podem ser assim resumidas:

A moral só pode ser compreendida no contexto real em que as pessoas vivem. A ética e a bioética requerem as informações da moral. A eticidade de um

determinado ato, processo ou caso precisa inexoravelmente de dados individuais, de informações etnográficas, bem como de avaliação moral à margem de ditames previamente estabelecidos, o que não implica necessariamente o seu desconhecimento ou exclusão.

Com base nas afirmações e na síntese apresentadas, cabe dizer que há uma concentrada declaração empírica da bioética, que possibilita enunciar alguns axiomas para a sua compreensão e o seu desenvolvimento. Resulta evidente que a bioética empírica transcende os limites disciplinares da ética e da bioética, priorizando os fatos à teoria. Há dados empíricos inquestionáveis na maioria dos casos e debates de bioética [33].

A bioética, fundamentada apenas em princípios teóricos, mostra-se incapaz de resolver adequadamente conflitos de cunho ético. Da mesma forma, a bioética, para ser eficiente, precisa abrir os olhos à realidade em suas múltiplas formas: individual, coletiva, familiar, profissional, sociológica, jurídica, acadêmica....[34] Igualmente deve integrar os métodos das humanidades, das ciências sociais e das ciências da vida, incluída a ecologia. A sinergia entre elas gera uma nova visão ou ampliação da bioética. Cabe reconhecer entre as ciências sociais a função destacada da sociologia: a bioética empírica deve saber associar os argumentos e valores com a realidade do contexto social ou familiar por meio de uma pesquisa adequadamente construída e realizada. Inter-relação que também é denominada "*democratic deliberation*" e "*deliberative democracy*" no estudo ou discussão de casos nos que participam pesquisadores e profissionais junto com representantes da sociedade [35].

Conforme o que foi exposto, a bioética empírica subordina o conhecimento à experiência (*εμπειρία*) ao modo do empirismo inglês, que considera indispensáveis os dados proporcionados pelos sentidos. Assim sendo, as experiências e as informações objetivas possibilitam e aperfeiçoam a compreensão dos temas, questões ou problemas apresentados.

A aproximação à realidade amplia e enriquece o significado e o desenvolvimento da bioética. Neste aspecto, a etnografia é considerada um método, insubstituível, para identificar e compreender as características singulares [36] que condicionam e influenciam modos de agir, decisões e valores [37]. Merece, portanto, uma atenção especial o entorno ou contexto social em que os problemas, casos ou

conflitos acontecem. Além disso, a etnografia vem a ser a condição *sine qua non* para um determinado caso a ser examinado e decidido. Desse modo, a bioética não fica à margem da experiência como tradicionalmente acontece na ética filosófica. O seu desenvolvimento é paulatino, monitorado e desafiado por novos casos ou problemas que podem contribuir, dado seu caráter empírico, para o conhecimento melhorado e progressivo de casos subsequentes [38]. O reconhecimento do valor da empiricidade no desenvolvimento da bioética, como foi visto, implica uma aproximação ao dia a dia das pessoas, à interação de cidadãos e de especialistas das mais diversas áreas; o que a diferencia significativamente da bioética primeira [30]. A etnografia como meio que procura e reúne dados específicos da vida social em situações diferenciadas transforma-se em um aprimorado método de pesquisa que contribui para a interação entre as ciências sociais e a ética, e coopera para uma nova dimensão da bioética.

Desse modo, a bioética empírica superando visões anteriores, porém, não menos relevantes, amplia o conhecimento, a prática e a responsabilidade global.

Moral Craft

Deixando à margem nesta ocasião o exame pormenorizado de alguns dos conceitos mais representativos da bioética empírica, centrarei minha atenção no termo *moral craft,* utilizado por M. Parker, que despertou meu interesse pelo seu caráter inusitado no âmbito da ética [39].

A primeira imersão realizada foi semântica. O significado primigênio de *craft* refere-se a obra ou objeto realizado por um autor, técnico ou artista [40].

Parker usa o conceito a partir da leitura de Richard Sennett na obra *The Craftsman* [41]. Para este autor, *craftsmanship* é a arte ou habilidade de construir ou desenvolver [...] *the skill of making the things* [...] *well for its own sake* [42]. Por outro lado, *The craftsman often faces conflicting objective standards of excellence* [...] [42]. Além disso*, "Every good craftsman conducts a dialogue between concrete practices and thinking* [...] [42].

Parker prescinde de uma definição concisa e objetiva do *moral craft*, o que dificulta a compreensão precisa do termo. Em razão dessa omissão, a partir do

conceito de ética nesse contexto, citarei outros cinco termos que expressam algumas características que o configuram e, por conseguinte, os traços que o diferenciam.

Sabedoria prática

Practical wisdom. [...] *practical wisdom of the experienced Genetics professional committed to the moral craft of genetics* [31].

O autor utiliza sabedoria prática equivalente ao termo *φρόνησις* [43]*. Φρόνησις* a virtude dianoética da sabedoria prática, diferente da sabedoria teorética, *σοφια,* e da técnica, *τέχνη*, arte ou *"craft". Τέχνη*, neste caso *"craft",* indica a série de procedimentos que visam produzir um resultado determinado. Trata-se da virtude da inteligência poética ou construtiva, *επιστήμη ποιητική*, que se diferencia da ciência da inteligência teórica, *επιστήμη διανοητική*, e da *επιστήμη πρακτική* que considera os atos humanos [44].

Parker repara também na "boa prática". [...] *good practice requires not only that attention be paid to the clinical or medical aspects of their day-to-day work with patients and families, but also to what might be thought of as the moral craft of genetics* [45]*.* Com essa afirmação, o autor reconhece à composição do *moral craft*, *επιστήμη ποιετκή* e *επιστήμη πρακτική*, que opera após uma eleição, *προαίρεσις,* cujo resultado será a avaliação da ação como boa ou má.

Moral viva ou moral vivida

Living morality [...] *a mode of engagement with practice which makes it possible for both ethics and morals to be taken seriously* [31]*.*

O interesse pelo aperfeiçoamento da moral e pela bioética empírica nasce também do empenho em querer dar nova vida e novo impulso à bioética tradicional. Trata-se de aprender e de resolver, por meio do factual, da prática diária, dos êxitos e dos erros, de soluções que foram adquiridas e validadas na prática, e não em uma aula teórica ou em uma obra recém-publicada. Trata-se de uma bioética

experimentada e garantida no mundo real pela responsabilidade e pela eficiência individual e corporativa.

Compromisso, *commitment*

> [...] *commitment to the moral work* [...] [31]. [...] *the genetics professional who attend Genethics Club share a deep commitment to doing their job well for its own sake and they recognize that this requires a commitment not only to good practice in the medical aspects of their day-to-day practice but also in what I have referred to as "moral craft" of genetics* [46].

Direta ou indiretamente o compromisso está relacionado com a ética e com a denominada *everyday ethics* ou *quotidian ethics*, entendida como uma ética aplicada[47].

O compromisso do profissional de genética com o *moral craft* pode ser entendido também como a atuação conforme o código de ética, [...] *ethics professional commitmed to the moral craft of Genetics* [...] [48].

Habilidades, skills

> [...] *recognise the value of developing the skills such as moral deliberation, critical reflection, and the skills or moral judgement associated with moral craftsmanship, and seek out opportunities for those skills to be tested and challenged* [48].

O espaço ideal para a aprendizagem e a educação continuada das habilidades morais citadas é o *Genethics Club*, ou o fórum de profissionais de genética (pesquisadores, clínicos, enfermeiros, técnicos, estudantes) e de profissionais da bioética. O colóquio é seu método de trabalho. Uma de suas prioridades é o descobrimento de métodos de aproximação ao caso ou problema estudado desde óticas até posicionamentos diferentes, salientando os dados e pormenores que o identificam e o diferenciam.

O diálogo entre profissionais e a multidisciplinaridade, com responsabilidades diversificadas, constituem condições inigualáveis para o exercício e a aprendizagem contínua das habilidades necessárias para o exercício correto da profissão. Essa prática é um exemplo da denominada *Dialogical Empirical Bioethic* [49]. Lickona afirma que a teoria e a prática são indissociáveis para uma adequada e sempre crescente formação [50].

Procura de problemas. Problems seeking

Essa é uma característica que diferencia a bioética empírica e as atividades do *Genethics Club*. [...] *problem-seeking is at the heart of the moral craft of genetics* [...] [48], a qual se concede particular importância ou consideração. Consiste na busca de novos métodos de pesquisa para aqueles casos que são considerados singulares, especiais ou difíceis de identificar e de resolver.

> [...] *commitment to the moral work of problem-seeking* [31]. [...] *empirical bioethics researchers are engaged in the 'moral craft' of undertaking novel forms of bioethics research, managing emerging difficulties and uncertainties as they traverse stable disciplinary standards in their research endeavors, striving to craft ethical arguments that have practical force in new and creative ways* [51].

Os casos comuns, apresentados para análise ou diagnóstico, têm métodos próprios de ser conduzidos. Os interlocutores do *Genethics Club*, interessados e defensores da bioética empírica, esforçam-se na procura e na "construção" de novos e combinados métodos de pesquisa, reavaliando problemas e soluções de caráter ético e epistemológico para a obtenção de resultados mais eficientes, contribuindo desse modo para o progresso e aperfeiçoamento da bioética empírica.

Nesse sentido, *moral craft* pode ser entendido como o "construto" e o repositório moral próprio ou individual. Do mesmo modo pode também ser compreendido como o "construto" e o repositório moral coletivo, realizado por profissionais engajados e hábeis na deliberação e no diálogo para o descobrimento de novos métodos, soluções e valores relativos ao exercício profissional. A

explanação feita pelo autor é, porém, um tanto indefinida a respeito desse duplo significado. É importante considerar que esse conjunto de valores deve ser referido a práxis, *πράξις*, pois trata-se de uma *living morality* que acompanha e decide nas atividades do dia a dia ou no exercício correto da profissão [31].

Resulta, portanto, evidente a estimável cooperação do *Genethics Club* para a "construção" do *moral craft*. Este *modus operandi* mostra também a relevância da bioética empírica dado que dúvidas e conflitos decorrentes do exercício diário da medicina sustentam e alimentam o estudo e a discussão [52].

É possível considerar que a descrição pormenorizada dos dados, insubstituível na elaboração do *moral craft*, é semelhante à Ética de Situação, que considera de modo aproximado o contexto real de um fato, problema ou decisão. O *moral craft*, porém, reúne o maior número possível de dados a serem examinados e entendidos sob critérios diferentes dos da ética de situação.

A ética de situação, centrada na pessoa, examina o contexto particular de um ato e prioriza como critério de escolha o "amor" [53], entendido como bem absoluto ao qual estão subordinados todos os valores [54]. *Only one thing is intrinsically good, namely love, a universal love: nothing else at all* [55]. É impossível na "construção" do *moral craft* adotar um só modelo de ética, de princípios ou de regras universais para a avaliação ou a solução de um caso ou problema, como seria o reconhecimento da ética utilitarista enquanto único critério de conduta.

Apesar das diferenças, o *moral craft* e a ética de situação têm em comum uma *tesis,* ou princípio, motivo de polêmica para eticistas e juristas. Para Fletcher, atos comumente considerados reprováveis podem ser julgados como moralmente corretos, dependendo das circunstâncias, da intenção, da vontade e da emoção dos atores. [...] t*here are times when a man has to push his principles aside and do the right thing* [56]*. Every man must decide for himself according to his own estimate of conditions and consequences* [...] [57]. Esse modelo de ética, atrativo mas controverso, tem sido apresentado por alguns autores da filosofia existencialista e, de modo especial, na medicina moral, por Joseph Fletcher. Um caso ou uma ação, na ética empírica, só pode ser moral e equitativamente avaliado examinando-se as características, dados ou detalhes que o revelam, esclarecem e justificam. O resultado do julgamento ou apreciação poderá ter o caráter de provisório, dada a

possível mudança ou desvio por causa da empiricidade dos dados, dos objetos ou das informações avaliadas.

O *moral craft*, como apresentado por Parker, revela desse modo o caráter que enriquece e aperfeiçoa a ética moldada pelo empirismo, de notável presença na pesquisa e no desenvolvimento da ciência e da tecnologia.

Considerações finais

É indiscutível o *Empirical Turn* da Bioética, neste caso sob o impulso de Michael Parker. A Bioética Empírica, apresenta na obra examinada características de uma ética plural em desenvolvimento, com ênfase na singularidade e na relevância dos dados bem como na epistemologia. Mostra-se uma bioética que reúne os diferenciais a seguir: aplicada, já que se ocupa de atitudes e decisões a serem tomadas na pesquisa e no exercício da profissão, e nesta circunstância na área da saúde; normativa, visto que responde às perguntas *what we should do?* e *who we should be?*; descritiva, pois examina ou analisa deliberações e ações a partir de uma gama diversa de critérios; metaética, porque trata de questões epistemológicas e linguísticas. Opera com a pesquisa qualitativa e desenvolve ideias e hipóteses para a pesquisa quantitativa. Pretende entender os aspectos individuais específicos em lugar de generalizá-los ou universalizá-los. Trabalha também a pesquisa quantitativa priorizando dados objetivos e numéricos. O progressivo e reconhecido desempenho da Bioética Empírica a fazem oposta à paralisia e à esterilidade.

Cabe observar algumas restrições à Bioética Empírica conforme exposição feita na obra. Não é suficientemente explícito o critério, motivo ou justificação de uma determinada opção ou ação em relação a uma escala ou hierarquia de valores, sem apontar ou indicar *a priori* qual o valor de excelência que seria o referente para o julgamento do mérito. Tal posicionamento pode induzir facilmente ao subjetivismo e ao relativismo, desvio que, conforme Parker, pode ser mensurado, discutido, avaliado e corrigido pelo *Genethics Club*, a quem não é transferida responsabilidade alguma, pois essa deve ser assumida pelo autor da proposta ou da decisão.

O *Moral Craft,* "construto" e repositório moral individual ou coletivo, passível de interpretações diversas, carece de uma definição clara e objetiva que evite

imprecisões ou equívocos na sua compreensão e no uso do termo. Considero iniludível desse modo uma questão. Quem exerce a função de "reflexão que diferencia o aprovado do reprovado", do "tribunal interior", ou do "que é anterior ou posterior a uma convicção moral", numa palavra, da consciência moral? Cabe reconhecer que esse conceito está ausente ou omitido. Trata-se, na minha opinião, de um vazio moral difícil de justificar, o que poderia ser interpretado como conceito subentendido, porém não mencionado nas diferentes descrições ou comentários realizados ao longo da obra.

Deixo de examinar o aspecto epistemológico, relevante para o autor, que exigiria um estudo em separado ainda por fazer.

O livro tem uma característica que merece ser considerada, é um experimentado e genuíno tratado de ética empírica, já clarividente no seu título *Ethical Problems and Genetics Practice*, escrito por um reconhecido cientista. Dada a necessária e inseparável vinculação entre a ética e a genética, teria sido apropriada a colaboração ou inclusive a coautoria de um filósofo da moral. A relevância, porém, é inquestionável.

Referências

1. Parker M. Ethical Problems and genetics practice. Cambridge: Cambridge University Press; 2012.

2. Cortina A, Martinez E. Ética. 6ª ed. São Paulo: Edições Loyola; 2015. p. 9.

3. Hawking S. Brief answers to the big questions. London: John Murray Publishers; 2018. p. 183.

4. Moore GE. Principia Ethica. Cambridge: Cambridge University Press; 2000. p. 57.

5. Moore GE. Principia Ethica. Cambridge: Cambridge University Press; 2000.

6. Wittgenstein L. Lecture on ethics. Zamuner E, di Lascio EV, Levy DK (editors). Oxford: Wiley Blackwell; 2014. p. 134.

7. Moore GE. Review: The origin of the knowledge of right and wrong. International Journal of Ethics [Internet]. 1903 [acesso 6 janeiro 2021]; 14(1): 11-3. Disponível: http://fair-use.org/international-journal-of-ethics/1903/10/book-reviews/the-origin-of-the-knowledge-of-right-and-wrong

8. Archard D, Lippert-Rasmussen K. Applied Ethics. In: Lafollette H. The International Encyclopedia of Ethics. Oxford: Wiley-Blackwell; 2013. p. 320.

9. Singer P. Practical ethics. Cambridge: Cambridge University Press; 1991. p. 1.

10. McMillan J. The methods of bioethics. An essay in meta-bioethics. Oxford: Oxford University Press; 2018. p. 9.

11. Séneca. Epístolas Morales a Lucilio. Madrid: Editorial Gredos; 1986. p. 203.

12. Hume D. Unpublished essays. In: Hume D. The philosophical works – Essays moral, political and literary. Germany: Weihert-Druck Gmbh; 1992. p. 413.

13. Russell B. Human society in ethics and politics. London: George Allen & Unwin LTD; 1971.

14. Thunberg G. No one is too small to make a difference. London: Penguin Books; 2019. p. 21.

15. Thunberg G. Op. cit. p. 24.

16. Garland-Thomson R, Haybron DN, Evans JH. Part I. What is Human Flourishing? In: Parens E, Johnston J editors. Human Flourishing in an Age of Gene Editing. Oxford: Oxford University Press; 2019. 15-61.

17. Wallace-Wells D. The uninhabitable Earth. A story of the future. London: Penguin Books; 2019. p. 4.

18. Goldim JR. Revisiting the beginning of bioethics: the contribution of Fritz Jahr (1927). Perspect Biol Med [Internet]. 2009 [acesso 6 jan 2021]; 52(3): 377-80. DOI: 10.1353 / pbm.0.0094

19. Potter VR. Bioethics, bridge to the future. New Jersey: Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs; 1971.

20. Goldim JR. Núcleo Interinstitucional de Bioética. UFRGS – HCPA [Internet]. 2000 [acesso 6 jan 2021]. Disponível: https://www.ufrgs.br/bioetica/biohcpa.htm

21. Kushe H, Schüklenk U, Singer P (editors). Bioethics: an anthology. 3ª ed. Oxford: Wiley Blackwell; 2016. p. 1.

22. McMillan J. The methods of bioethics: an essay in Meta-Bioethics. Oxford: Oxford University Press; 2018. p. 19.

23. Cortina A, Martinez E. Op. cit. p. 159.

24. Callahan D. Bioethics. In: Post SG. Encyclopedia of Bioethics. 3ª. ed. New York: Macmillan; 2004. p. 281.

25. Kirkwood K. Empiricism, values and bioethics. The American Journal of Bioethics [Internet]. 2009 [acesso 6 jan 2021]; 9(6-7): 91-2. DOI: 10.1080 / 15265160902874478

26. Cribb A, Owen J. Embracing Diversity in Empirical Bioethics. In: Ives J, Dunn M, Cribb A. Empirical Bioethics: Theoretical and Practical Perspectives. Cambridge: Cambridge University Press; 2017. P. 103-122. p. 103.

27. Borry P, Schotsmans, P, Dierickx K. The birth of the empirical turn in bioethics. Bioethics [Internet]. 2005 [acesso 6 jan 2021]; 19(1): 49-71. DOI: 10.1111 / j.1467-8519.2005.00424.x

28. Parker M. Op. cit. p. 125.

29. Parker M. Op. cit. p. 148.

30. Parker M. Op. cit. p. 132.

31. Parker M. Op. cit. p. 129.

32. Parker M. Op. cit. p. 131.

33. Borry P, Schotsmans P, Dierickx K. The birth of the empirical turn in bioethics. Bioethics [Internet]. 2005 [acesso 6 jan 2021]; 19(1): 49-71. DOI: 10.1111 / j.1467-8519.2005.00424.x

34. Jacoby L, Siminoff L. Introduction. In: Jacoby L, Siminoff L. Empirical Methods for Bioethics. Bingley: Emerald Group Publishing Limited; 2007. p. 1.

35. Kim S. Theory and practice of democratic deliberation in bioethics research. In: Ives J, Dunn M, Cribb A, editors. Empirical bioethics: theoretical and practical perspectives. Cambridge: Cambridge University Press; 2017. p. 177-94.

36. Dancy J. Ethics without principles. In: Marshall R. Ethics at 3AM: questions and answers on how to live well. New York: Oxford University Press; 2017. p. 32.

37. Jacoby L, Siminoff L. Introduction. In: Jacoby L, Siminoff L. Empirical Methods for Bioethics. Bingley: Emerald Group Publishing Limited; 2007. p. 3.

38. Shelton W. The role of empirical data in bioethics: a philosopher's view. In: Jacoby L, Siminoff L. Empirical Methods for Bioethics. Bingley: Emerald Group Publishing Limited; 2007. p. 13-20. p. 16.

39. Parker M. Op. cit. p. 112-31.

40. Aristotelis. Ethica Nicomachea. Bywater I, editor. Oxford: Oxford University Press; 1979.

41. Sennett R. The Craftsman. New Haven & London: Yale University Press; 2008.

42. Sennett R. The Craftsman. New Haven & London: Yale University Press; 2008. p. 8-9.

43. Aristotelis. Op. cit. 1141b.

44. Aristote. Éthique a Nicomaque. Tricot J, Introduction et notes. Paris: Librairie Philosophique J. VRIN; 1979. p. 31.

45. Parker M. Op. cit. p. 12.

46. Parker M. Op. cit. p. 130.

47. Martin MW. Everyday morality: an introduction to applied ethics. 4ª ed. Belmont: Cengage Learning, Inc.; 2007.

48. Parker M. Op. cit. p. 128.

49. Landeweer E, Mollewijk B, Widdershoven G. Moral improvement through interactive research: a practice example of biological empirical bioethics. In: Ives J, Dunn M, Cribb A. Empirical bioethics: theoretical and practical perspectives. Cambridge: Cambridge University Press; 2017. p. 139-158. p. 139

50. Lickona D. What does Moral Psychology Have Today? In: Callahan D, Bok S (editores). Ethics teaching in higher education. New York: Plenum Press; 1980. p. 109.

51. Ives J, Dunn M, Cribb Alan. Practical perspectives: an introduction. In: Ives J, Dunn M, Cribb A. Empirical bioethics: theoretical and practical perspectives. Cambridge: Cambridge University Press; 2017. p. 125-138. p. 135.

52. Parker M. Op. cit. p. 61.

53. Novi testamenti. Biblia Graeca et Latina. 3ª. ed. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas; 1953. p. 72.

54. Fletcher J. Situation ethics: the new morality. 2ª. ed. Louisville: Westminster John Knox Press; 1997.

55. Fletcher J. Op.cit. p. 68.

56. Fletcher J. Op.cit. p. 13.

57. Fletcher J. Op.cit. p. 37.

Correspondência

Joaquim Clotet – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Avenida Ipiranga, 6681 - prédio 16 - 5ºandar. Partenon. CEP: 90619-900 – Porto Alegre/RS, Brasil.

Declara não haver conflito de interesse.

15. A RACIONALIDADE LIMITADA POR FENÔMENOS RACIAIS

THE BOUNDED RATIONALITY BY RACIAL PHENOMENA

 https://doi.org/10.36592/9786554600668-15

Jorge Luís Terra da Silva[1]

RESUMO

No Brasil, predomina a ideia de que o emprego da coerção seria bastante no combate ao racismo e aos demais fenômenos raciais. Essa coerção está consagrada em Constituições, em atos internacionais e em leis. Essa predominância está calcada no entendimento de que os estímulos racionais seriam suficientes para que fossem efetuados os comportamentos desejados. Assim sendo, é preciso verificar o tratamento dado às questões raciais nas Constituições brasileiras, bem como indicar algumas Convenções internacionais, políticas públicas e leis de abrangência nacional, sempre enfatizando a baixa eficácia desses instrumentos no combate mencionado. Também são aduzidas manifestações doutrinárias que ilustram certa desconexão com a realidade da época em que foram produzidas e com as evidências de desigualdade e de discriminação que são constantemente apresentadas. Pontua-se que há um passado vinculado à desumanização de pessoas que foram mortas, exploradas e consideradas como insumo de uma cadeia produtiva, construindo-se o legado de que indígenas e negros brasileiros, bem como suas histórias e suas culturas teriam menos valor e importância. Esse legado resta renovado pela mídia, pela comunicação, pela linguagem e pelas dinâmicas sociais que sustentam os fenômenos raciais. Esses fenômenos acabam por limitar a racionalidade dos cidadãos, dos idealizadores e implementadores de leis e de políticas públicas, bem

---

[1] Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, Mestre em Direito pela UFRGS e Doutor, também em Direito, pela PUC/RS. Informo que esse artigo (A racionalidade limitada por fenômenos raciais - *The bounded rationality by racial phenomena),* baseado em minha tese de doutorado, foi publicado na Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul em 2020.SILVA, Jorge Luís Terra da. A racionalidade limitada por fenômenos raciais. *In:* Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. - n. 87(2020). Porto Alegre: AMP/RS, 1973, v.; 23 cm

como dos potenciais fiscalizadores da implementação dessas leis e políticas. É fundamental, havendo a ciência de que qualquer pessoa ou instituição pode ser influenciada pelos fenômenos raciais, que eles sejam enfrentados, tendo-se um melhor controle dos processos, promovendo-se avaliação e participação popular, tendo-se foco nos resultados e impactos positivos concretos e valendo-se das ciências comportamentais. Apreendida a ideia de racionalidade limitada pelos fenômenos raciais, poderão ser concebidas, implementadas e fiscalizadas políticas públicas e leis realistas, ou seja, que considerem como as pessoas pensam, sentem, engajam-se e mudam comportamentos.
Palavras-chave: Racionalidade limitada, fenômenos raciais, mudança comportamental, políticas públicas, Direito

ABSTRACT

In Brazil, the idea prevails that the use of coercion would be enough to combat racism and other racial phenomena. This coercion is enshrined in Constitutions, international acts and laws. This predominance is based on the understanding that rational stimuli would be sufficient for the desired behaviors to be carried out. Therefore, it is necessary to verify the treatment given to racial issues in the Brazilian Constitutions, as well as to indicate some international Conventions, public policies and laws of national scope, always emphasizing the low effectiveness of these instruments in the mentioned combat. Doctrinal manifestations are also adduced; that illustrate a certain disconnection with the reality of the time in which they were produced and with the evidence of inequality and discrimination that are constantly presented. It is pointed out that, there is a past linked to the dehumanization of people who were killed, exploited and considered as input to a production chain, building the legacy that indigenous and black Brazilians, as well as their histories and cultures would have less value and importance. This legacy remains renewed by the media, communication, language and social dynamics that support racial phenomena. These phenomena end up limiting the rationality of citizens, the creators and implementers of laws and public policies, as well as the potential supervisors of the implementation of these laws and policies. It is fundamental, with the knowledge that any person or institution can be influenced by racial phenomena, that they are faced,

having a better control of the processes, promoting evaluation and popular participation, focusing on results and positive impacts concrete and using behavioral sciences. Seized the idea of bounded rationality by racial phenomena, public policies and realistic laws may be conceived, implemented and monitored, that is, that consider how people think, feel, engage and change behaviors.
Keywords: Bounded rationality, racial phenomena, behavioral change, public policies, Law.

SUMÁRIO

Summary:

1. O combate ao racismo por meio da coerção

No Brasil, prevalece a ideia de que o combate ao racismo, ao preconceito racial, aos estereótipos raciais, às discriminações raciais e aos vieses raciais pode ser empreendido por meio de coerção, ou seja, por intermédio de mandatos, de proibições e de incentivos. Nesse sentido, no que concerne a esses fenômenos raciais, há normas que determinam o que se deve e o que não se pode fazer, bem como incentivo para que determinados comportamentos sejam levados a efeito[2]. Essas regras têm origem nas Constituições, nos atos internacionais dos quais o país é signatário e em leis, estando assentadas na ideia de que estímulos racionais seriam bastantes para promover mudança comportamental nessa seara.

[2]No parágrafo terceiro do artigo 39 do estatuto federal da igualdade racial, sem regulamentação embora tenham transcorridos dez anos de sua edição, determinou-se que o poder público, por meio de incentivos, estimularia o setor privado a ter programas e políticas voltadas à diminuição das desigualdades raciais no mundo do trabalho.

Necessário, então, iniciar trazendo à tona um panorama sobre os instrumentos supracitados e sobre a doutrina constitucionalista.

A vida constitucional brasileira foi inaugurada com a edição da Constituição de 1824, que manteve a escravização e estigmatizou os filhos dos libertos, denominados de ingênuos. A Constituição de 1891, apesar de ter sido editada cerca de três anos depois da abolição da escravatura, nada estabeleceu como forma de reparação para os ex-escravizados ou como concertação social, tendo-se como suficiente disposição que veiculava igualdade formal. Calha aqui anotar que não se está a olhar o passado com lentes atuais quando se faz alusão à reparação, pois, em representação à dissolvida Assembleia Constituinte de 1823, José Bonifácio de Andrada e Silva pretendia propor a concessão de terras para os ex-escravizados como forma de lhes proporcionar o sustento, de mitigar os efeitos do latifúndio e de, a seu ver, levar o Brasil a um desenvolvimento econômico e civilizatório.

Posteriormente, seguiram-se Cartas Políticas com forte influência eugenista, as de 1934[3] e a de 1937[4], apesar de elas também preverem uma igualdade de tonalidade formal.

Previsão de igualdade jurídica também foi estampada na Constituição de 1946. Todavia, deve-se assinalar que essa Carta previa a liberdade religiosa, que, como direito de natureza cultural, era e é relevante para a população negra brasileira. Sublinhe-se que, sob a égide da Constituição de 1946, é que foi editada a lei federal número 1390/51. Esse diploma legal, conhecido como Lei Afonso Arinos, calcado na igualdade formal, objetivava obstar a distinção entre brasileiros por conta da raça, a falta de acesso aos espaços públicos e a dificuldade adicional de ascensão funcional, bem como a propaganda do preconceito, considerando atos correspondentes às essas violações de direito como contravenção penal.

Sobre o período então vivenciado, sobre igualdade e sobre ineficácia legal é ilustrativa e um tanto contraditória a afirmação de Jacques (1957, p. 193):

---

[3] No artigo 138 da Constituição de 1934, previu-se que a União, os Estados e os Municípios deveriam estimular a educação eugênica. Já, no artigo 121, objetivando garantia da integração étnica, deveria haver restrição à imigração de determinados grupos. Essa última disposição tinha como alvo negros, judeus, ciganos e asiáticos.

[4] No artigo 151 da Constituição de 1937, havia disposição sobre restrição às imigrações que era similar à mencionada na nota de rodapé anterior.

> No que se refere à raça, desde a abolição da escravatura, não mais constitui fator de diferenciação entre os homens, pelo menos em face da lei. No Brasil, brancos, pretos, vermelhos e mestiços, são tratados igualmente, desde que se encontrem em idênticas condições e debaixo das mesmas circunstâncias. É bem verdade que, ultimamente, vem se acentuando uma tendência, nas comissões de seleção para ingresso em certas escolas ou em serviços públicos, como a Escola Militar, a Escola Naval e o Itamaraty, no sentido de se afastar os candidatos de cor preta. Tal iniciativa, porém, não encontra apoio em lei.

Já na Constituição de 1967, houve avanço no que pertine às vedações ao racismo e ao preconceito racial. Adotou-se a técnica de, além de se referir que todos seriam iguais perante a lei, elencar os fatores mais frequentes de discriminação. E mais. Expressamente, vedou-se a diferenciação salarial ou de critérios de admissão em decorrência da raça.

Bom trazer o pensamento de Ferreira Filho (1983, p. 588), chamando a atenção para o fato de o jurista ter feito questão de assinalar que haveria uma harmonia racial no Brasil, bem como ao de que a edição da obra foi em data próxima do centenário da abolição:

> Punição ao preconceito de Raça. A idéia da superioridade de certas raças em relação a outras é antiga e não será eliminada de um sopro pela lei. Todavia, correntes políticas se aproveitaram e se aproveitam dessa idéia como bandeira, semeando discórdia nas comunidades multirraciais. Grave é o perigo social que trazem, particularmente em nações como a brasileira em que se integram várias raças cuja convivência pacífica é indispensável. Por isso, o constituinte de 1967 lembrou-se de determinar que o legislador punisse o preconceito de raça, como a sua difusão (*vide, infra*, §8º, *in fine*). O tratamento desigual em razão da raça é, portanto, condenado pelo preceito constitucional, devendo ser caracterizado pela lei como crime.

A Constituição de 1988 é a que apresenta plena consagração da atenção aos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais da população negra, havendo previsão de igualdade formal e de igualdade material, expressando-se vedação à

discriminação negativa e determinação de discriminação positiva ou igualação includente.

Tendo os constituintes dedicado evidente preocupação com o racismo, com o preconceito racial, com a discriminação racial e com as desigualdades raciais, soa, no mínimo, descontextualizado o comentário de Bastos e Martins (1989, p. 221) concernente ao dispositivo constitucional que consagra racismo como crime imprescritível e inafiançável no Brasil. Em obra conjunta, em síntese, os juristas sustentaram que o racismo se daria quando houvesse duas raças em conflito. No Brasil, considerando que a maior parte da população seria mestiça, sustentaram que essa funcionaria como um amortecedor entre negros e brancos, o que faria com que o racismo não fosse algo sério em terras brasileiras.

No que concerne às convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, importa abordar algumas delas.

Em 1958, a Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi editada com o intento de se gerar impacto no mundo do trabalho, combatendo-se o racismo nesse domínio. Pouco tempo depois, em 1960, a UNESCO editou a Convenção relativa à luta contra a discriminação no campo do ensino.

Com escopo mais ampliado, foi aprovada, em 1963, a Declaração das Nações Unidas sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial. Ela direcionava-se contra o colonialismo, a segregação racial e a discriminação, afastando, por óbvio, doutrinas de superioridade racial. Ademais destacava-se a imperatividade de conjugação de esforços coletivos e individuais, de instituições privadas e governamentais. A declaração supradita apontava a educação como um caminho necessário para se combater a discriminação racial. Visando ao atingimento de resultados globais positivos na implementação do que fora estipulado, já no ano de 1965, foi instituído o Comitê para Eliminação da Discriminação Racial, conhecido como CERD.

O nível de importância que o Brasil dispensou à declaração e ao comitê mencionados restou evidenciado na manifestação do então Ministro das Relações Exteriores do Brasil, Juracy Magalhães, proferida na XXI sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas e constante da obra de Silva (2008, p. 69-70):

> No campo dos problemas sociais e das relações humanas, o Brasil orgulha-se de ter sido o primeiro país a assinar a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, aprovada pela última sessão da Assembleia Geral. Dentro das fronteiras do Brasil, na realidade, tal documento não seria tão necessário, uma vez que o Brasil é há muito tempo um exemplo proeminente, e eu diria até o primeiro, de uma verdadeira democracia racial, onde muitas raças vivem e trabalham juntas e se mesclam livremente, sem medo ou favores, sem ódio ou discriminação. Nossa terra hospitaleira há muito tem estado aberta aos homens de todas as raças e religiões; ninguém questiona qual possa ter sido o lugar de nascimento de um homem, ou de seus antepassados, e nem se preocupa com isso; todos possuem os mesmos direitos, e todos estão igualmente orgulhosos de serem parte de uma grande nação. Embora a nova Convenção seja, portanto, supérflua no que concerne ao Brasil, nós a recebemos com alegria para servir de exemplo a ser seguido por outros países que se encontram em circunstâncias menos favoráveis. E eu gostaria de aproveitar esta oportunidade para sugerir que a tolerância racial fosse exercitada em todas as raças em relação a outras raças: ter sido vítima de uma agressão não é motivo válido para se agredir outros. Que o exemplo do Brasil, e a moderação sem esforços, tolerância serena e respeito mútuo em nossas relações raciais sejam seguidos por todas as nações multirraciais.

O flagrante intento de se apresentar como um país no qual as relações raciais seriam harmoniosas e no qual haveria uma forte coesão social não se restringiu ao momento da assembleia referida. Se assim não fosse, de 1965 a 1995, o Brasil não apresentaria relatórios ao CERD consignando que não existiriam desigualdades raciais em solo pátrio conforme anotou Silva (2008).

Em 2001, em Durban, foi levada a cabo a Conferência mundial contra o racismo, a discriminação racial, a xenofobia e a intolerância correlata. No que concerne ao combate ao racismo pela ONU é considerada a iniciativa mais importante se considerados os atores mobilizados e o grau de influência nas agendas políticas dos Estados participantes.

Deitam raiz nos debates e nas decisões da Conferência de Durban a criação da Secretaria de Promoção de Políticas de Igualdade Racial (SEPPIR), a alteração da

Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional com a instituição do artigo 26-A que, em seu texto atual, obriga a ensinar as histórias e as culturas afrobrasileira e indígena nos estabelecimentos de ensino fundamental e médio públicos e privados.

Com esteio em evidências persistentes, a Organização das Nações Unidas já instituiu quatro décadas voltadas ao enfrentamento do racismo e da discriminação racial: de 1973 a 1982, por meio da Resolução 3.057, de 1983 a 1992, por intermédio da Resolução 38/14, de 1.993 a 2003, por meio da Resolução 48/91 e de 2015 a 2024, por meio da Resolução 08/327 (a denominada de Década Internacional dos Afrodescendentes). Note-se que a mais recente já ultrapassou a faixa de cinco anos de existência sem haver planejamento, medidas concretas ou avaliação por parte dos entes governamentais no Brasil. Isso ocorre apesar de, no texto da resolução instituidora da década supracitada, a ONU ter admitido que os objetivos das décadas anteriores ainda não teriam sido atingidos e que haveria milhões de seres humanos sujeitos ao racismo, à discriminação racial, à xenofobia e à intolerância de formas variadas, inclusive a violenta.

No que diz respeito às leis de cunho racial, suficiente é citar apenas a lei 7716/89, o artigo 140, §3º do Código Penal, o Estatuto da igualdade racial e o artigo 26-A da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Diante do fato de na Constituição de 1988 estar consagrado que o racismo seria considerado crime imprescritível e inafiançável, bem como sendo perceptível a ineficácia da lei que o considerava como mera contravenção, foi promovida a conversão de determinadas condutas em crime de racismo com o advento da lei número 7716/89, alcunhada de lei Caó. Em verdade, tal iniciativa não restou integralmente exitosa, pois, conforme levantamento do Laboratório de Análises Econômicas, Históricas, Sociais e Estatísticas das Relações Raciais – LAESER (PAIXÃO ET AL, 2010), ligado ao Instituto de Economia da UFRJ, cerca de 70% daqueles que responderam por crime de racismo entre 2007 e 2008 no Brasil restaram absolvidos. Importa registrar que, havendo tipos penais com pena mínima cominada de um ano, há aqueles que, por força de transação prevista na lei 9099/95, tiveram seus processos suspensos.

De igual sorte, ou seja, sem ensejar uma diminuição de casos de violações do que está formalmente tutelado, segue a norma extraível do parágrafo terceiro do

artigo 140 do Código Penal. Assim sendo, a criminalização da injúria qualificada por referência à raça[5] não tem gerado os resultados e os impactos desejados.

Nesse caso, tendo-se possibilidade de se obter informação sobre a eficácia das leis existentes, é de se estranhar que o projeto de lei referente ao futuro código penal (número 236/2012) reproduza parcialmente os textos reconhecidos como de baixa eficácia, além de ter sido apresentado sem pena no que tange ao crime de racismo, apesar de no anteprojeto haver pena cominada (mais branda do que a atual).

O Estatuto da igualdade racial, por seu turno, transcorridos mais de dez anos de sua edição, não tem artigo algum que seja efetivamente cumprido, tendo alguns que nem sequer foram regulamentados.

A título de exemplo, convém mencionar que por meio desse instrumento foi instituído o sistema nacional de promoção de igualdade racial (SINAPIR). Ocorre que 67 dos 5570 Municípios brasileiros e 16 Estados, dos 26 existentes, e o Distrito Federal aderiram ao sistema. As adesões dos entes federativas se iniciaram no ano de 2014 e quase todas elas são na modalidade de gestão básica. Perceptível a impossibilidade de constituição e de implementação de políticas de abrangência nacional em tal quadro. A razão da impossibilidade supradita repousa no fato de a concepção sistêmica e as relações federativas serem duas das três dimensões fundamentais da formulação e da implementação referidas.

Possivelmente o instrumento antirracista mais potente é o que determina a obrigatoriedade de as escolas privadas e públicas da rede básica ensinarem as histórias e as culturas afrobrasileira e indígena. Ocorre que essa obrigatoriedade, determinada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN) por força de seu artigo 26-A, segue sendo ignorada, ou melhor descumprida, tanto pelas escolas quanto por instituições competentes para controlar e fiscalizar a implementação dessa importante política pública[6].

---

[5] Na opinião do signatário, deveria haver atenção à tipificação e à cominação das penas na lei 7716/89, bem como o reexame do §3º do artigo 140 do Código Penal, porque quem ofende racialmente não estaria objetivando macular a honra do ofendido. A intenção ao insultar seria a de demonstrar superioridade com base em suposta hierarquia racial e isso configura racismo.

[6] Há de se fiscalizar se persiste a falta de mudança dos currículos das graduações, evitando-se, dessa forma, que futuros profissionais não tenham condição técnica de cumprir o que determina a LDBEN. Cumpre fiscalizar a ocorrência de destinação e de emprego de recursos públicos em formações continuadas que efetivamente possam levar ao acúmulo de conhecimento necessário para se realizar as mudanças indispensáveis. Há também de se fiscalizar escolas públicas e privadas no sentido de

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional está a apontar para um novo projeto de nação a partir da educação. Em outros termos, por meio de uma ação valorizativa, é destinado esforço para o afastamento de uma visão eurocêntrica e calcada em uma falsa hierarquia racial cultural. Dessa arte, também se atacando estereótipos, preconceitos e vieses, busca-se a redução do racismo, do preconceito, dos vieses, da discriminação e da desigualdade.

Não se pode olvidar de que o artigo 26-A da LDBEN foi instituído em 2003 por meio da lei número 10639(e alterado, em 2008, pela lei número 11645). Logo, em tese, a criança que estava cursando a então primeira série (hoje primeiro ano) pode já ter concluído o ensino superior.

Note-se, no breve panorama aduzido, que a partir da primeira Constituição brasileira, houve uma sucessão de determinações de cunho jurídico que mantinham ou não enfrentavam o racismo, o preconceito racial, as desigualdades e as discriminações raciais. Note-se, ainda, que aquelas que visavam às mudanças comportamentais, não eram efetivamente cumpridas. Perceba-se também a falta de atenção mais aprofundada com a temática racial por parte da doutrina jurídica e dos gestores.

É consabido que os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva e que essa obrigaria o Estado a conferir proteção desses direitos contra investidas ou ingerências indevidas de outros Estados, de particulares ou dele próprio. Em suma, cumpriria ao Estado, tendo por referência os institutos da precaução e da prevenção, salvaguardar o patrimônio jurídico dos indivíduos.

Nesse sentido, ensina Sarlet (2018), os direitos de proteção, bem como os deveres de proteção, abarcariam os riscos de lesão aos bens e direitos tutelados constitucionalmente e os modos de realização da proteção mencionada, perfectibilizando-se por intermédio de normas penais, de normas procedimentais, de atos administrativos e de atuação concreta dos poderes públicos.

---

verificar a ocorrência da adequação dos seus respectivos planos político-pedagógicos, planos de ensino e plano de aula, dando-se-lhes, por óbvio, concretude.

Lamentavelmente, no Brasil, o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, tendo como limite sua competência, é a única instituição pública que tem se organizado para fiscalizar o cumprimento da lei referida. Nesse sentido, instituiu um grupo interinstitucional que auxilia nos diálogos com a sociedade, na criação de estrategias, na capacitação de seu corpo funcional e na criação de documentos e na avaliação dos resultados das auditorias.

Embora não se possa saber de maneira prévia como proteger determinado direito por haver um rol de alternativas, a coexistência de outros interesses de mesma hierarquia a serem satisfeitos ou a limitação de meios disponíveis, é seguro afirmar que a normatividade do princípio constitucional da eficiência não permite que a atuação estatal não esteja voltada ao atingimento de resultados positivos. Assim sendo, embora haja plena ciência de que se vive em uma sociedade extremamente complexa e que pode não haver o encontro de uma solução ótima, certamente não é juridicamente admissível o emprego de esforços e de recursos em alternativas que sabidamente não conduzirão ao atingimento dos fins de modo satisfatório. (SILVA, 2019a).

Em se tratando de política pública ou de lei, os meios de reduzir a possibilidade de cometimento de antijuridicidade e do grau de incerteza das decisões são valorizar a prática de planejar, realizar avaliação *ex ante* e *ex post* e agir com esteio em evidências. E para se saber se houve excesso ou se houve insuficiência protetiva deve se lançar mão do postulado da proporcionalidade.

Há numerosas evidências comprobatórias da desigualdade racial e da discriminação no Brasil. Elas estão vinculadas aos domínios do mercado de trabalho, da segurança pública, do sistema de justiça, da educação, do esporte, da cultura, da tecnologia, da comunicação, da saúde e da política. Essas evidências são consistente e constantemente apresentadas por instituições como o IBGE, o IPEA, a CEPAL, o DIEESE, o Forum Brasileiro de Segurança Pública e o CNJ. Portanto, não há ausência de informações para que a questão racial seja identificada como problema socialmente relevante e para que ela adentre as agendas políticas[7].

---

[7] Na Grâ-Bretanha, em Outubro de 2017, com atualização em Março de 2018, foi apresentado resultado de uma auditoria de disparidades raciais que fora realizada com o fim de se verificar se, em decorrência da raça, determinadas pessoas negras e de outros grupos raciais recebiam tratamento diferenciado por parte dos serviços públicos. Essa auditoria, sublinhe-se, foi promovida pelo gabinete do primeiro ministro. Ela estava vinculada aos seguintes domínios: participação no mercado de trabalho e na renda, habitação, crime e policiamento, sistema de justiça criminal, educação, saúde e composição do setor público. Composta por 130 conjuntos de dados (20 deles eram inéditos), a auditoria foi publicada em um *site*, permitindo-se o amplo controle social. Controle esse que também se deu na Câmara dos Comuns, por seu Comitê de Mulheres e de Igualdades, sendo apresentada manifestação em junho de 2018.
Constatadas as disparidades em todos os domínios investigados, a posição central do gabinete do primeiro ministro e a transparência da auditoria podem vir a permitir a concepção de políticas públicas com maior possibilidade de eficácia.

Pertinente agora é abordar sobre as razões desse quadro de baixa eficácia dos instrumentos jurídicos de enfrentamento dos fenômenos raciais e de proteção insuficiente dos direitos fundamentais da população negra brasileira comprovada por gritantes evidências de desigualdade racial.

2. A racionalidade limitada pelos fenômenos raciais e o combate realista

O racismo pode se apresentar de duas formas: segregacionista ou assimilacionista. A primeira é aquela que expressa a ideia de que um grupo racial jamais poderá se desenvolver, apoiando políticas que segreguem esse grupo (KENDI, 2020). A segunda é aquela que expressa a ideia de que um grupo racial "é inferior em termos culturais e de comportamento, e apoia programas de enriquecimento cultural ou comportamental para desenvolver esse grupo" (KENDI, 2020, p. 25).

Portanto, seja por uma visão ou por outra, uma vez que o cerne da visão de mundo compartilhada está numa falsa hierarquia racial, aqueles que professam o ideário racista são impermeáveis a evidências e a determinações legais de qualquer estatura.

Pontes de Miranda (1945, p. 491), ao falar sobre o conceito psicológico de igualdade, destacara que as Constituições seriam escritas para um homem histórico, isto é, para aquele cujas verdades e cujas instituições viriam do passado, "cheios de preconceitos e de julgamentos de valor a respeito do homem". Esses preconceitos e julgamentos de valor de ordem jurídica acabaram por criar a ordem social na qual as pessoas acabam sendo inseridas. A igualdade, com efeito, não estaria calcada em fatos, mas sim em valores que podem ser modificados conforme os interesses das pessoas que acreditam na desigualdade.

Como se não fossem bastantes as distinções artificiais e as distorções que favorecem uns e desfavorecem outros, os fenômenos raciais são revigorados a cada dia como consigna Moore (2007, p. 30):

> O século XXI começou testemunhando uma ampla aceitação e difusão das teses racistas em todos os âmbitos da sociedade, de modo que o racismo e suas manifestações assumem, hoje, um elevado grau de complexidade. O discurso e a prática racista se inserem nas estruturas do chamado Estado Democrático de Direito, perpassando as plataformas dos partidos políticos de direita e de esquerda, e orientando os estereótipos veiculados pela grande indústria de massa audiovisual, que, por sua vez, alimenta o imaginário e a linguagem popular.

Imperioso aqui anotar qual seria esse passado não tão distante que serviria de referência para o presente. Não se pode esquecer que a economia brasileira se inicia com a escravização e com a morte dos povos originários e com o transporte transatlântico de africanos escravizados seguido de longeva e recentemente finda escravização. Como legado, esse período de aproximadamente 350 anos, deixou uma cultura de privilégio a cada dia renovada, uma normalização da desigualdade, uma associação dos negros às ideias de pobreza, de hostilidade, de incapacidade, de subalternidade e de hipersexualização.

Nessa linha, é o ensinamento de Fausto (1995, p. 221):

> Apesar das variações de acordo com as diferentes regiões do país, a abolição da escravatura não acabou com o problema do negro. A opção pelo trabalhador imigrante nas regiões mais dinâmicas da economia, e as escassas oportunidades abertas ao ex-escravo, em outras áreas, resultaram em uma profunda desigualdade social da população negra. Fruto em parte do preconceito, essa desigualdade acabou por reforçar o próprio preconceito contra o negro. Sobretudo nas regiões de forte imigração, ele foi considerado um ser inferior, perigoso, vadio e propenso ao crime; mas útil quando subserviente.

Bom consignar que o longo período escravocrata foi sucedido pela negação de que a escravização foi um processo de extrema violência, de exploração econômica, de dessocialização e de reificação. Essa negação, que abriga visão assimilacionista, perpassava pelas manifestações dissociadas da realidade com o intento de aparentar uma falsa harmonia entre as raças e uma inexistente coesão

nacional. Essa negação, denominada de "mito da democracia racial", não desapareceu totalmente da vida social brasileira, sendo reafirmada em cada momento que se afigura conveniente para quem está em posição dominante. Dessa arte, resta pendente a realização de um processo de justiça de transição[8] que efetivamente possa harmonizar as relações e apontar para o alcance dos objetivos republicanos.

É impositivo repensar sobre as dinâmicas da vida social brasileira e sobre a necessidade de se reparar os danos ainda praticados porque as motivações psicológicas, econômicas, ideológicas e culturais do racismo, dos estereótipos, do preconceito, da discriminação e dos vieses estão ainda presentes e influentes.

Um processo tão longevo não pode ser desconsiderado quando se examina a situação presente e projeta-se o futuro, porque ele representa uma injustiça intertemporal com impactos intergeracionais. Por via de consequência, não é em vão que se aponta para o histórico tratamento inadequado das questões raciais em nível constitucional, a ocorrência de período fortemente impactado por uma ideologia eugenista, para a pouca consideração da doutrina jurídica constitucionalista[9] e para a ineficácia das leis voltadas ao enfrentamento dos fenômenos raciais. Pesa sobre a vida presente, comprometendo o futuro da nação e não apenas de um ou de dois segmentos raciais, questão fundante da estrutura social. Esse passado está ainda influenciando as dinâmicas sociais, a forma de se ver a vida, de formular lei e política, de se decidir sobre o que é ou não relevante, de se julgar e de se tomar decisões.

Nessa esteira, impõe acrescentar ao que aqui se disse o magistério de Andrews (2018, p. 82):

> Para a maioria dos colonizadores, no entanto, as contradições entre escravidão e cristianismo foram resolvidas com explicações sobre supostos defeitos de caráter apresentados como aspectos inerentes à negritude: preguiça,

---

[8] A justiça de transição se desenvolve nas cinco seguintes fases: a. identificação e julgamento dos violadores; b. busca e divulgação da verdade dos fatos com o reconhecimento das injustiças praticadas; c. reparação das vítimas; d. reformulação ou extinção de instituições; e. reconciliação.

[9] Interessante registrar, além de trazer o posicionamento dos autores até aqui mencionados, que Pontes de Miranda, ao comentar sobre o artigo 138 da Constituição de 1934, nada referiu sobre a eugenia e que a obra na qual aborda o preconceito ao tratar do conceito psicológico de igualdade foi escrito após ele residir por dois anos nos Estados Unidos.

> criminalidade, imoralidades sexuais e de outras formas, menor capacidade intelectual e outras deficiências. Esses estereótipos negativos tornaram-se amplamente difundidos na sociedade colonial, como poderosas justificativas ideológicas e culturais tanto para a escravidão africana como para o tratamento discriminatório de africanos e afrodescendentes livres. A política estatal, a sistemática privação material e os estereótipos raciais profundamente enraizados combinaram-se para impor a desigualdade racial nas colônias espanholas e portuguesas. Desigualdade que começou com a escravidão e continuou com as restrições a oportunidades de mobilidade ascendente aos negros livres.

Um breve momento de reflexão permite constatar que o dito sobre os colonizadores se amolda ao que é diuturno nas redes sociais, na linguagem, na comunicação, na teledramaturgia, nos discursos políticos e empresariais, na educação, na cultura, no esporte, na saúde, na tecnologia (a inteligência artificial trabalha registrando, classificando e reproduzindo padrões comportamentais, podendo reproduzir vieses raciais)[10], nos debates sobre subrepresentação negra nas instituições privadas e públicas, bem como nos primeiros escalões governamentais e nos conselhos de administração empresariais.

Mesmo que sumariamente, é conveniente apontar a que se está a referir quando se utiliza o gênero "fenômenos raciais", bem como, nos limites desse artigo, fazer constar qual o conceito sintético empregado. Inicialmente, frisa-se que os fenômenos raciais, com exceção da discriminação (que é um fato), são representações, crenças, valores, concepções e sentimentos dissociados da realidade e das evidências, mas que são transmitidos de geração para geração por numerosos meios e em numerosos domínios (áreas de atuação humana), acabando por gerar e sustentar discriminação e desigualdade.

Assim sendo, racismo é tido como visão e prática hierarquizadas de grupos raciais que podem redundar em desvalorização, em discriminação ou em desigualdade.

---

[10] MIT removes huge databaset that teaches AI systems to use racist, misogynistic slurs. https://thenextweb.com/neural/2020/07/01/mit-removes-huge-dataset-that-teaches-ai-systems-to-use-racist-misogynistic-slurs/ (acessado em 10.7.2020)

Preconceito é considerado como uma predisposição negativa que conduz à repulsa.

Estereótipo é visto como generalização decorrente da tomada de uma característica exageradamente valorizada para definir pessoas e grupos.

Vieses seriam distorções sobre a apreensão da realidade em decorrência de racismo, de preconceito e de estereótipos. Essas distorções podem ser de modo explícito ou até mesmo de modo implícito[11].

Consoante Levinson (2012, p. 3), o conceito de viés implícito tem dois componentes principais: por ser implícito, geralmente estaria fora da consciência e do controle pessoal; apesar disso, afetaria de modo desproporcional os julgamentos e as decisões pessoais.

Discriminação seria o ato de exclusão, de distinção ou de preferência capaz de produzir prejuízo, inviabilidade de reconhecimento ou de exercício de direito fundamental em qualquer domínio. Ela poderá ser direta quando houver o propósito de a cometer e indireta quando, mesmo sem intencionalidade, o efeito for produzido.

Como mencionado nas primeiras linhas deste artigo, em terras brasileiras, adota-se a coerção como meio predominante de enfrentamento dos fenômenos raciais (consigna-se que a coerção é empregada como forma preponderante e não única, pois também se tem a infraestrutura como modo de enfrentamento e essa, na União, nos Estados e nos Municípios conta com baixíssimos recursos orçamentários, com limitadíssimos recursos humanos, com falta de interlocução dentro e fora dos governos, com pouca capacidade de inserção de temas nas agendas políticas, com falta de concepção sistêmica, sem plenas relações federativas e com falta de gestão intersetorial). Em decorrência disso, iniciou-se por abordar resumidamente sobre como essa questão está inserida em nossas Cartas Políticas e em obras jurídicas. Em verdade, a decisão de mais frequentemente utilizar a coerção parte do pressuposto de que estímulos racionais seriam suficientes para que os comportamentos ideais fossem adotados, em cada situação, pela quase totalidade das pessoas. Nesse sentido, sabendo o que deve ou o que não deve fazer, o que pode

---

[11] Os vieses implícitos são tão potentes e incontroláveis que Jesse Jackson, conhecido líder da luta pela conquista dos direitos civis pelos negros estadunidenses, admitiu, extremamente sofrido e envergonhado, que quando ouvia passos vindo em sua direção e pensava na possibilidade de ser vítima de roubo, sentia-se mais aliviado quando se voltava para trás e constatava que a pessoa que estava a caminhar próxima a ele era branca (LEVINSON, 2012).

e o que não pode ser feito, bem como as possíveis consequências de um comportamento indesejado, o indivíduo, em relações interpessoais ou em relações estabelecidas no seio de alguma instituição, acabaria por agir em consonância com o que foi estabelecido ou dentro da margem de liberdade juridicamente estabelecida.

Cabe ressaltar que políticas públicas, leis, contratos, convênios, termos de colaboração ou outras formas de ajuste configuram expectativas e não certezas de cumprimento. Esses institutos, tal como atos administrativos, decisões judiciais, atos e iniciativas governamentais e de ordem privada, auditorias e fiscalizações são considerados nesse contexto como decisões. Logo, os julgamentos e os processos decisórios atinentes à identificação de um problema, à formulação e à implantação de decisões, bem como aos procedimentos de controle e de fiscalização são importantes.

De bom alvitre destacar que numerosos países têm se utilizado do que se convencionou chamar de "nudges" como forma de ter melhores resultados no campo das políticas públicas. Imprimindo o que denominaram de paternalismo libertário, os teóricos do "nudging" partem do pressuposto de que a coerção seria um modo grave de paternalismo e o que ofereceriam seria um paternalismo suave por preservar a liberdade de escolha. Esse instituto consistiria no alcance de informações para que os cidadãos possam fazer escolhas melhores e mais seguras (THALER e SUNSTEIN, 2008).

Frisa-se que, consoante Sunstein (2019), os "nudges" seriam insuficientes em casos de crimes violentos e nos quais possam ser causados danos a outras pessoas. Embora ele não referira, é um tanto óbvio então que não poderiam ser empregados no caso de fenômenos raciais (na Inglaterra, local onde foi constituído o primeiro *Behavioural Insights Team* (BIT) no mundo, utiliza-se a coerção no que tange a questões de raça, sendo o primeiro *Act* de 1968 e o mais recente de 2010).

Embora, como dito, não seja um meio empregável, esse instituto permite adentrar no campo das ciências comportamentais e pensar de forma diferente sobre como enfrentar os fenômenos raciais no Brasil e no mundo, sobretudo porque as ciências comportamentais permitem trabalhar de uma forma realista.

Simon (1979), influenciado pelo trabalho de Barnard (1968), desenvolveu a ideia da racionalidade limitada na Economia. Interessava-lhe descrever e entender

os processos decisórios no seio das organizações. Considerando a Economia clássica como insuficiente para dar conta desse processo, admitia que as escolhas poderiam recair sobre a alternativa que representasse a maximização de uma utilidade. Porém, como sempre haveria uma limitação informacional ou computacional, além de um outro fator, que poderia até ser momentâneo, a influenciar no processo de tomada de decisão, a racionalidade estaria limitada.

Os estudos de Simon (1997) permitiram que se compreendesse que o decisor não se restringe à situação problema e que o processo decisório pode ser influenciado por fatores como a falta de informação ou a impossibilidade de agrupar, classificar e calcular os dados necessários. A ideia de Simon, portanto, afastava-se da que a decisão seria sempre a de escolher a alternativa que conferisse maior utilidade. Logo, ele estaria a se afastar da ideia de homem econômico.

Nesse artigo, sustenta-se que, de forma semelhante, ocorrem os julgamentos e as tomadas de decisão individuais ou no seio de instituições quando a questão envolve raça. Em outros termos, os julgamentos e as tomadas de decisão pertinentes à questão racial são realizados com o emprego de uma racionalidade limitada pela influência dos prevalentes e persistentes racismo, preconceito, estereótipos, discriminação e vieses raciais, podendo ainda o processo ser circundado por fatores históricos, sociais, econômicos e psicológicos que podem atrair a atenção daquele que julga ou toma decisão.

Em síntese, os julgamentos e as tomadas de decisão seriam levados a efeito com o emprego de uma racionalidade limitada pelos fenômenos raciais. Sublinhe-se que havendo numerosas instituições produzindo informações primárias e reunindo secundárias, além de as divulgar de tempos em tempos, não se pode dizer que há lacuna informacional ou dificuldade para se apreciar, classificar e analisar dados e evidências. A limitação da racionalidade decorrente dos fenômenos raciais incide sobre a capacidade de considerar relevantes as evidências, sobre a capacidade de construir o entendimento de que a busca por soluções é necessária e possível, sobre a capacidade de entender a realidade para poder construir soluções realizáveis, eficientes e eficazes, sobre a compreensão da obrigatoriedade de cumprir os comandos pertinentes à solução e sobre a importância de se fiscalizar a implementação da solução.

Em seção anterior, pontuara-se que há pessoas que trazem seus valores, estabelecem seus julgamentos de valor e tomam decisões com esteio no passado, resistindo às evidências, às informações, ao conhecimento e, especialmente, aos fatos.

Calha aqui, como reforço, o ensinamento de Pontes de Miranda (1945, p. 492/3):

> As pessoas a quem repugna que 'o Negro seja homem' consultam o seu sentimento, a maneira de viver de seus antepassados e da família, ou, nos países que tiveram escravidão, o sentimento de superioridade, de mando, de crueldade, que lhe ficou. A pessoa que pensa que o 'Negro não é homem', em vez de ouvir a ciência, ou a sua consciência, deduziu-o de algum princípio falso que se colocou à base do seu próprio raciocínio.

Possivelmente, os valores socialmente compartilhados decorrentes de uma experiência escravagista, portanto segregacionista, mantiveram-se intactos quando passou-se a viver sob o domínio de uma visão assimilacionista, isto é, aquela que nega a existência e a influência do pervasivo racismo e dos demais fenômenos raciais, aponta que 132 anos de abolição já seria tempo suficiente para a população negra estar em pé de igualdade se demandasse esforço para tanto, que prega que a violência da escravização aqui foi menor do que em outros pontos da América e que mitiga os dados pertinentes à desigualdade.

Esse compartilhamento intergeracional de valores pode ser compreendido como o processo de produção de subjetividade que é "uma categoria analítica que permite a compreensão da dinâmica e da estrutura social a partir da indissociabilidade do individual e do coletivo", comenta Nardi (2006, p. 21). Convivendo na família, na escola e em outros espaços, a pessoa vai compreendendo as estruturas sociais que estão em torno de si, porque a produção de subjetividade se dá quando da socialização.

A subjetividade, de acordo com Nardi (2006, p. 22), compreenderia processos por meio dos quais as experiências conformam modos de agir e de pensar amarrados em dados momentos que evocariam a conexão entre diferentes

elementos, valores, necessidades e projetos. Nesse quadro, a subjetividade considerada por meio dos processos e dos modos de subjetivação teria duas dimensões: os modos de subjetivação referir-se-iam ao modo prevalente de como os sujeitos se relacionariam com a regra, à forma como se veem obrigados a cumpri-la e, simultaneamente, como se consideram ligados à essa obrigação. Já os processos de subjetivação poderiam ser compreendidos a partir da análise da maneira como "cada indivíduo se relaciona com o regime de verdades próprio a cada período, ou seja, a maneira como o conjunto de regras que define cada sociedade é experimentado em cada trajetória de vida".

Nessa quadra, tendo-se presente que as Constituições e demais instrumentos jurídicos que abrigam mandatos, proibições e estímulos são direcionados para pessoas passíveis de ter a racionalidade limitada pelos fenômenos raciais, podem esses fenômenos se manter hígidos mesmo que a estrutura jurídica esteja apontando para caminho diferente (como efetivamente estão as normativas referidas nesse artigo).

A limitação à racionalidade decorrente da influência dos fenômenos raciais, vinculada à produção de subjetividade, acomete possíveis violados e potenciais violadores, legisladores, gestores, cidadãos, julgadores, idealizadores, implementadores, executores e fiscalizadores vinculados ao cumprimento de leis e às implementações de políticas públicas de forma consciente ou não. Convém lembrar que, na vida em sociedade, são constantemente estabelecidos julgamentos e tomadas decisões individuais e coletivas e que esses, pelas limitações que lhe são impostas, acabam por gerar violência, perda de oportunidades, não oferta de oportunidades e rejeição às mudanças de comportamento.

Coerente e corajosamente Kendi (2020, p. 6) alerta sobre o fato de que todos podem ser impactados pelo ideário racista, dizendo que "ideiais racistas fazem pessoas não brancas não se respeitarem, o que as torna mais vulneráveis às ideias racistas. Ideias racistas fazem os brancos terem uma boa opinião de si mesmos, o que os atrai ainda mais para ideias racistas".

Pelo dito até o momento, já é possível inferir que políticas públicas e leis concebidas e implementadas sob a inspiração de que somente estímulos racionais poderão gerar a desejada eficácia e afastar a indesejada ineficácia representam

desconsideração com a limitante influência dos fenômenos raciais, bem como desatenção com fatores históricos, sociais, econômicos e psicológicos que podem comprometer a escolha da alternativa mais adequada.

O apontamento da ocorrência de uma limitação da racionalidade tenta dar conta da justificação concernente a fatos recorrentes em numerosos domínios e momentos.

Há uma forma técnica de constituir políticas públicas. Todavia, essa não é seguida quando se trata de política de igualdade racial ou de política universalista capaz de gerar impacto no campo da igualdade racial (SILVA, 2019b). Exemplo que se pode dar diz com o já mencionado artigo 26-A da LDBEN. Ora, se a determinação legal era e é no sentido de alterar a documentação escolar e o conteúdo das aulas em toda a rede básica, procedimento lógico seria promover a alteração dos currículos dos estabelecimentos de formação de Professores, evitando que um número maior de profissionais desconhecesse como dar concretude aos ditames da lei. Transcorrido prazo mais do que razoável, não houve a alteração dos currículos das graduações, tampouco dos cursos de magistério, ampliando-se o contingente de profissionais integrantes das redes públicas e privadas que dependem de formação continuada.

As políticas públicas podem ser divididas em duas fases, tendo uma linha tênue entre ambas: a de concepção e a de implementação. A primeira divide-se em dois momentos: o da identificação do problema e o da definição da agenda política.

A temática racial não tem superado esse primeiro momento. Dizendo-se de outra forma, os problemas que afligem a população negra e também a indígena, não são considerados problemas socialmente relevantes a despeito dos estarrecedores números relativos aos domínios da segurança, da educação e do mercado de trabalho. Assim sendo, não há como fazer com que ingressem na agenda política. (SILVA, 2019b).

Oportuno registrar que não é apenas no âmbito governamental que a questão racial encontra óbices para transitar. A consultoria internacional Mckinsey apresentou, em junho de 2020, mais um relatório sobre diversidade no campo das

empresas, sendo que, dessa vez, seu teatro era a América Latina[12]. Consultado um conjunto de dados de cerca de 700 empresas de capital aberto, enviada pesquisa para aproximadamente 3.900 funcionários de vários níveis, analisado o índice de saúde organizacional da própria Mckinsey e entrevistados com profundidade 30 executivos seniores, a conclusão foi no sentido de que "empresas que adotam a diversidade têm uma probabilidade significativamente maior de alcançar uma performance financeira superior à de seus pares que não o fazem". Cabe anotar que o W*orld Economic Forum* (Fórum econômico mundial, em 2018, inseriu um indicador de diversidade no seu processo de avaliação do nível de competitividade global de empresas e de cidades, apontando a diversidade como um meio de obter inovação e crescimento[13].

Ocorre que, mesmo que empresas tenham foco na lucratividade e que pesquisas venham apontando a relação entre diversidade interna e lucratividade, bem como entre diversidade e inovação, quando foram enviados formulários para saber a situação das mulheres e das pessoas negras nas 500 maiores empresas brasileiras, somente obteve-se resposta de 24% delas[14]. Se isso não bastasse, constatou-se que, nas 117 empresas que aceitaram participar da pesquisa, a presença das pessoas negras alcançava a porcentagem de 4, 9% nos conselhos de administração[15].

A pesquisa voltou-se às quinhentas maiores empresas brasileiras por formarem um grupo que é atento às inovações e às tendências internacionais. Todavia, no que se refere às questões de raça e de gênero, as empresas visadas, perceptivelmente, seguem outro padrão.

Já houve momento no qual se entendia que o racismo e o preconceito racial estariam adstritos às relações interpessoais. Assim, em um grande contingente de

---

[12]Diversity Matters Latin America
https://www.mckinsey.com/br/~/media/McKinsey/Locations/South%20America/Brazil/Our%20Insights/Diversity%20Matters/DiversityMatters_EN.pdf (consultado em 28.7.2020).
[13]The Global Competitiveness Report 2018
http://www3.weforum.org/docs/GCR2018/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2018.pdf (consultado em 02.01.2019).
[14]Perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas brasileiras e suas ações afirmativas
https://issuu.com/institutoethos/docs/perfil_social_tacial_genero_500empr (acessado em: 03.03.2017)
[15]A presença feminina nesse mesmo nível hierárquico atingia a porcentagem ínfima de 11%.

pessoas, seria razoável entender que poderia haver pessoas racistas e racialmente preconceituosas. Avançou-se a ponto de entender que essas pessoas também podiam estar inseridas em algumas instituições, produzindo danos que talvez fossem de maiores monta e intensidade. Presentemente, entende-se que o racismo e os demais fenômenos raciais podem estar também vinculados às dinâmicas das instituições e da própria sociedade, independendo, pois, da intencionalidade. Por isso, formas de abordagem voltadas apenas para questões individuais acabam não surtindo os efeitos desejados.

Em outros momentos, mencionando interesse em enfrentar o racismo estrutural e o institucional, mas desconsiderando as dinâmicas supracitadas, instituições depositaram esperanças exacerbadas em treinamentos e em pactos internos ou interinstitucionais além de partirem da premissa equivocada de que combater a pobreza geraria menor número de casos de racismo e de preconceito. A verdade é que a pobreza pode ser enfrentada com meios que conduzam ao desenvolvimento, à distribuição e à geração de renda, sendo que não ser uma pessoa pobre não representa tornar-se uma pessoa infensa aos efeitos do racismo e do preconceito de qualquer espécie. Também é verdade que é possível e imprescindível fazer bem mais no enfrentamento dos fenômenos raciais.

O primeiro passo fundante é o relativo ao planejamento para que a atuação seja sistêmica, eficiente, eficaz e proporcional. Nesse momento, serão estabelecidas as formas das avaliações *ex ante* e *ex post*, definidos os escopos, os objetivos, as metas e os indicadores, além de estimada a infraestrutura necessária, os potenciais parceiros e os potenciais adversários. Visando ao enfrentamento dos fenômenos raciais e sabendo-se da possibilidade de que se esteja diante de estruturas racialmente enviesadas, ao se pensar na infraestrutura também se deverá prever formas de haver participação popular na construção e na implantação de políticas.

O segundo passo fundante no enfrentamento dos fenômenos raciais, tanto no âmbito da sociedade quanto no das instituições públicas ou privadas, é, com esteio nas ciências comportamentais, aferir como as pessoas pensam, sentem, mobilizam-se, engajam-se e mudam seus comportamentos (SILVA, 2019b), conferindo-se linha de atuação realista. Ato contínuo, deverão ser empregadas técnicas que atraiam as pessoas para as discussões sobre os fenômenos mencionados e para a mudança.

Sem a adoção dessa perspectiva, sabendo-se da influência da comunicação, da linguagem, da publicidade e das artes nos comportamentos nos espaços públicos, bem como da baixa eficácia dos instrumentos hoje utilizados, recair-se-á na ideia de repousar sobre a lei e sobre a divulgação de dados a responsabilidade pelas mudanças comportamentais ainda faltantes. Sabendo-se que a sociedade, as instituições e as pessoas podem ser influenciadas por vieses raciais, principalmente os implícitos, seria contraproducente iniciar a execução por outro ponto.

Como já dito, a produção da subjetividade se dá quando da socialização. Portanto, ao ver um grupo racial na maior parte das vezes em posição de subalternidade ou percebendo que ele sempre é alvo de críticas, de ofensas ou de percepção de hostilidade, acaba-se por se gerar e manter visão de que esse grupo estaria em posição de inferioridade. As ciências comportamentais, portanto, atuariam no sentido inverso da produção de subjetividade e dos estímulos produzidos pela comunicação, pela linguagem, pela publicidade e pelas artes. Destaca-se que estudos pertinentes à burocracia representativa, ou seja, da relação entre a composição racial da população e da estrutura institucional privada ou pública, apontam para o atingimento de melhores resultados quando a sociedade percebe que o discurso institucional corresponde às suas práticas. Em outros termos, quando as lideranças dos processos são exercidas por pessoas pertencentes aos grupos alvo de discriminações, há um maior engajamento por parte da sociedade[16].

Também teriam a finalidade de construção de nova escala de valores a implementação de ações valorativas, ou seja, de ações de reconhecimento da cultura e de outros valores de grupos que são alvos de estereotipagem, de preconceito. vieses e de racismo, bem como de ações afirmativas, vistas aqui como forma de aceleração do processo de estabelecimento de ambientes com maior diversidade e não apenas como modo de redistribuição econômica.

Em resumo, para que a coerção possa produzir resultados e impactos diferentes dos atuais sobre idealizadores, formuladores, implementadores, executores, destinatários e fiscalizadores de políticas públicas e de leis universalistas com impactos na questão racial (como as pertinentes à segurança e

---

[16] Esse é um ponto que mereceria especial atenção quando da constituição das equipes governamentais ou empresariais.

à justiça) ou pertinentes à equidade racial deve ser instituído um sistema anticasta[17] ou antirracista.

O terceiro passo fundante deve ser a análise das evidências de discriminação e de desigualdades, sempre evidenciando-se aos mais resistentes a gravidade do tema e os compromissos pela mudança que a sociedade e as instituições devem assumir (em se tratando de instituição privada, é recomendável a releitura do art. 170 da Constituição combinado com o art. 227 do mesmo diploma; em se tratando de instituição pública, conveniente reler os artigos 1º e 3º da Constituição, também combinados com o art. 227 da Carta Política vigente).

Efetivados os três passos apontados, serão empregadas simultaneamente medidas coercitivas e políticas públicas comportamentais, perfazendo um conjunto de medidas que devem ser harmônicas e passíveis de constante avaliação quanto aos seus níveis de eficácia. Oportuno destacar que diferentemente dos *nudges*, as mencionadas políticas públicas comportamentais podem compelir as pessoas a agir de determinada forma, pois não são meramente informacionais e não preservam o campo de liberdade de escolha como os primeiros.

A relação de complementariedade entre a coerção e o estímulo para a mudança comportamental aqui pregada reforça, e não o contrário, que os meios coercitivos devem ser empregados. Porém, as formulações e as implementações desses meios também devem levar em conta como as pessoas e as instituições podem efetivamente agir de modo antirracista e transformador para que resultados e impactos concretos positivos sejam atingidos em numerosos domínios. Aprendida a ideia de racionalidade limitada pelos fenômenos raciais, poderão ser concebidas, implementadas e fiscalizadas políticas (públicas e privadas) e leis realistas, ou seja, que considerem como as pessoas pensam, sentem, engajam-se e mudam comportamentos.

[17] Black Jr (1960), examinando a decisão extintiva da segregação racial nas escolas proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1954, à luz da décima quarta emenda, identificou um princípio anticasta, ou seja, a vedação de que práticas, políticas ou leis mantivessem, com ou sem intenção, grupo racial em constante posição de superioridade ou de inferioridade em relação a outro ou a outros grupos. Nesse sentido, no que concerne ao Brasil, cabe verificar se a manutenção do eurocentrismo funcionaria como instrumento de manutenção de desigualdades, pois acaba sendo gerado privilégio em favor de um grupo racial em numerosos domínios.

3. Das conclusões

A ideia de que se estabelece julgamentos e que se toma decisões individuais e coletivas com racionalidade limitada pela ação dos fenômenos raciais e de que esses teriam origem histórica, mas são renovados diuturnamente pode explicar a ineficácia das leis e das políticas de equidade racial, bem como a quase inexistência de iniciativas fiscalizatórias dos órgãos de controle oficial pertinentes às leis e às políticas mencionadas;

A compreensão de que os fenômenos raciais afetam a racionalidade de atores importantes pode ser útil na compreensão das causas do nível dos resultados e impactos hoje obtidos, na concepção e na implementação de novas políticas e leis, bem como no encontro de novas formas de abordagem e de atuação voltadas à temática racial e a de outros públicos que sejam vítimas de preconceitos e de vieses;

Embora haja naturalização da desigualdade e associações indevidas como à pobreza, as medidas a serem empregadas devem se restringir aos fenômenos raciais, não se confundindo com aquelas voltadas ao enfrentamento da pobreza;

As ideias fulcradas nas ciências comportamentais podem tanto ampliar a coercitividade das normas existentes e das que vierem a ser ensejadas como ser empregadas independentemente da coerção. Havendo trabalho articulado e estrutural, mesclando-se medidas que impactem sobre a formação de subjetividade, sobre o nível de colaboração e de compromisso com as mudanças, sobre a intergeracionalidade e sobre a burocracia representativa, poderão ser atingidos níveis superiores de eficiência e de eficácia nos processos relativos ao cumprimento dos objetivos republicanos consagrados constitucionalmente. Essas ideias podem conduzir à percepção da existência e das causas de tratamentos diferenciados dispensados pelos poderes públicos e pelas empresas que acabam mantendo, produzindo ou ampliando danos e estado de injustiça.

BIBLIOGRAFIA

ANDREWS, George Reid. Desigualdade: raça, classe e gênero. *In:* ANDREWS, George Reid; LA FUENTE, Alejandro (org.). **Estudos afro-latino-americanos**: uma introdução. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2018. p. 75-118.

BARNARD, Chester Irving. **The functions of the executive**. 30th ed. Cambridge: Harvard University Press, 1968.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BLACK JUNIOR, Charles L. The lawfulness of the segregation decisions. **The Yale Law Journal**, New Haven, n. 69, p. 421-430, 1960. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2586. Acesso em: 26 jun. 2019.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Edusp: Fundação do Desenvolvimento da Educação, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira**: emenda constitucional nº 1, de 17-10-1969, com as alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais até a de n. 22, de 29-6-1982. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

JACQUES, Paulino. **Da igualdade perante a lei**: (fundamento, conceito e conteúdo). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

KENDI, Ibraim X., **Como ser antirracista**/ Ibraim X. Kendi; traduzido por Eddie Siegert, Rio de Janeiro, Alta Books, 2020.

LEVINSON, Justin. Racial disparities, social science and the legal system *In:* LEVINSON, Justin; SMITH, Robert (org.). **Implicit racial bias across the law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade**: os Três Caminhos. Rio de Janeiro: Olympio, 1945.

MOORE, Carlos. **Racismo e Sociedade:** novas bases perspectivas epistemológicas para entender o racismo. Belo horizonte: Maza, 2007.

NARDI, Henrique Caetano. **Ética, trabalho e subjetividade**: trajetórias de vida no contexto das transformações do capitalismo contemporâneo. Porto Alegre: UFRGS, 2006.

PAIXÃO, Marcelo *et al.* (org.). **Relatório anual das desigualdades raciais no Brasil**: 2009-2010: Constituição cidadã, seguridade social e seus efeitos sobre as

assimetrias e seus efeitos sobre as assimetrias de cor ou raça. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 130. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SILVA, Jorge Luís Terra da, A população negra brasileira e a proteção deficiente de direitos fundamentais. *In:* **Revista da AGU, v. 18, nº2, p. 215-246, abr/jun 2019, Brasíla, 2019a.**

SILVA, Jorge Luís Terra da, O desafio da superação das desigualdades raciais e da discriminação: uma análise da estrutura jurídica e das políticas públicas no Brasil / Jorge Luís Terra da Silva. – 2019b (tese de doutorado), Programa de Pós-graduação em Direito, PUCRS

SILVA, José Bonifácio de Andrada e. **Representação a Assemblea Geral Constituinte e Legislativa do imperio do Brasil sobre a escravatura**. 1. ed. Paris: Typographia de Firmin Didot, 1825.

SILVA, Silvio José Albuquerque e. **Combate ao racismo**. Brasília, DF: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008.

SIMON, Herbert A. **Administrative Behavior**: a study of decision-making processes in administrative organizations. 4. ed. New York: The Free Press, 1997.

SUNSTEIN, Cass. Nudging: A Very Short Guide. **Consumer Pol'y**, [*s. l.*], v. 583, 2014.

TCE-RS divulga levantamento sobre a oferta de ensino da cultura afro-brasileira e indígena. *In:* TRIBUNAL de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 14 dez. 2015. Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/administracao/gerenciador_de_conteudo/noticias/TCE-RS%20divulga%20levantamento%20sobre%20a%20oferta%20de%20ensino%20da%20cultura%20afro-brasileira%20e%20ind%EDgena. Acesso em 20 dez. 2018.

THALER, Richard H. **Misbehaving:** the making of behavioural economics. London: W. W. Norton & Company, 2015.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge:** Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness. New Haven: Yale University Press, 2008.

16. O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA E A REGULAMENTAÇÃO DAS ATIVIDADES DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO[1]

https://doi.org/10.36592/9786554600668-16

Luis Alberto Reichelt[2]

RESUMO

O presente artigo pretende investigar a densificação do direito fundamental ao acesso à justiça pelo legislador mediante a inserção da conciliação e da mediação no contexto do novo Código de Processo Civil. Propõe-se o estudo crítico das estratégias eleitas pelo legislador na conformação dos procedimentos e das peculiares técnicas utilizadas com vistas ao incentivo da autocomposição de litígios.
Palavras-chave: Processo Civil – Direitos Fundamentais – acesso à justiça – mediação e conciliação.

ABSTRACT

The present essay examines how the legislator promoted the densification of the fundamental right to access to justice by inserting conciliation and mediation in the Brazilian new Civil Procedure Rules. It's a critical study about the legislator's elected strategies in order to adapt civil procedures and the peculiar techiques used to encourage voluntary dispute resolution.
Keywords: Civil Procedure – Fundamental Rights – access to justice – mediation and conciliation.

---

[1] O presente ensaio é uma versão ampliada de trabalho anteriormente publicado em REICHELT, Luis Alberto. O direito fundamental ao acesso à justiça e a regulamentação das atividades de conciliação e mediação pelo Poder Judiciário no novo Código de Processo Civil. In: Darci Guimarães Ribeiro; Marco Félix Jobim. (Org.). Desvendando o novo CPC. 3ed.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, v. , p. 243-256.

[2] Mestre e Doutor em Direito pela UFRGS. Professor nos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Procurador da Fazenda Nacional em Porto Alegre (RS). E-mail: luis.reichelt@pucrs.br

SUMÁRIO

1. Introdução

O advento de um novo Código de Processo Civil renova o desafio consistente na exigência de concretização de direitos fundamentais de natureza processual, em especial no que se refere ao direito ao acesso à justiça. Mais do que mera alteração no plano legal em termos de fontes do Direito, a forma como o legislador dispõe a respeito da regulamentação de parâmetros previstos no âmbito constitucional pode até mesmo trazer alterações no que se refere ao conteúdo do significado da própria proteção ofertada no plano dos Direitos Fundamentais.

O presente ensaio propõe-se a investigar em perspectiva crítica uma das projeções possíveis a serem consideradas nesse contexto, qual seja a do direito fundamental ao acesso à justiça, tomando em conta o microssistema formado pelas ferramentas em sede de conciliação e mediação conforme reguladas no novo Código de Processo Civil. A questão é relevante, na medida em que coloca em lume a preocupação com os perigos de retrocesso social decorrente de providências tomadas no âmbito infraconstitucional. O papel do intérprete, sob essa ótica, é o de garantidor, a ele cabendo o controle quanto à construção de significado na exegese da lei de modo que seja assegurado o efetivo respeito aos direitos fundamentais. Da mesma forma, cabe ao intérprete, ainda, a busca de otimização dos efeitos desses mesmos direitos fundamentais através do emprego das novas fórmulas trazidas pelo Poder Legislativo, fazendo com que a lei seja lida da maneira que permita a maior amplitude possível de proteção a tais direitos.

A fim de enfrentar tal problemática, propõe-se um estudo dividido em duas partes. Na primeira delas, analisar-se-á de que forma é possível justificar a existência de mecanismos de densificação do direito fundamental ao acesso à justiça no novo Código de Processo Civil, com ênfase nos mecanismos a serem utilizados para solução de conflitos baseados em estruturas de autocomposição de litígios. Ato contínuo, passar-se-á ao estudo de problemas relevantes na regulamentação proposta pelo legislador em relação à mediação e à conciliação no âmbito judicial, nos quais será possível as dificuldades presentes no equacionamento do direito fundamental ao acesso à justiça quando visto em contraste com outros direitos fundamentais de natureza processual. Sob essa ótica, investigar-se-á as questões tomando em conta não só a inserção da audiência de mediação e de conciliação no âmbito do procedimento comum, mas também o surgimento de problemáticas consideráveis decorrentes da dificuldade presente na adequação de procedimentos especiais ao novo paradigma proposto em sede de acesso à justiça.

2. O direito fundamental ao acesso à justiça e sua densificação no modelo multiportas proposto pelo novo CPC

O art. 5º, XXXV da Constituição Federal consagra o direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional, o qual é parte integrante de um outro de maior espectro, qual seja o direito fundamental ao acesso à justiça. O direito humano e fundamental ao acesso à justiça compreende o acesso efetivo a todos os meios pelos quais as pessoas possam reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios[3].

---

[3] Sobre reflexões de ordem conceitual a respeito do conteúdo e da fundamentalidade do direito ao acesso à justiça, remete-se o leitor ao quanto já pontuado em REICHELT, Luis Alberto. Reflexões sobre a ressignificação do direito fundamental ao acesso à justiça no âmbito da justiça civil contemporânea. In: ALVITES, Elena; SARLET, Ingo W.; SCHIER, Paulo; ALCALÁ, Humberto Nogueira. (Org.). Direitos Fundamentais & Democracia: novas abordagens na perspectiva interamericana. 1ed.Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2022,, p. 337-352; REICHELT, Luis Alberto. O direito fundamental ao acesso à justiça em tempos de novas tecnologias: desafios e perspectivas no âmbito da justiça civil brasileira. In: Peter Häberle; Gilmar Ferreira Mendes; Francisco Balaguer Callejón; Ingo Wolfgang Sarlet; Carlos Luiz Strapazzon; Augusto Aguilar Calahorro. (Org.). Direitos fundamentais, desenvolvimento e crise do constitucionalismo multinível Livro em homenagem a Jörg Luther. 1ed.Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021, p. 711-740; REICHELT, Luis Alberto. Reflexões sobre o conteúdo do direito fundamental ao acesso à justiça no âmbito cível em perspectiva contemporânea. Revista de Processo, v. 296, p. 21-40, 2019.

Sob a ótica do acesso à justiça, múltiplos podem ser os prismas a serem considerados. Em uma primeira aproximação, é possível diferenciar os instrumentos comprometidos com o desafio do acesso à justiça em dois grandes grupos. De um lado, observa-se que a tutela de direitos pode ser implementada mediante o emprego de *meios para solução de conflitos* (jurisdição exercida por órgãos do Estado, arbitragem, mediação, conciliação e transação). Ao lado destes há, ainda, outros nos quais a jurisdição é exercida *com vistas à criação de situações jurídicas subjetivas mediante a presença de prestação estatal, independentemente da pressuposição da existência de litígio a ser dirimido* (jurisdição exercida por órgãos do Estado em relação a ações constitutivas necessárias).

Uma outra classificação é a que pode ser construída em se tomando em conta os diversos meios que podem ser empregados com vistas à solução de conflitos. Sob esse prisma, há um primeiro conjunto de *ferramentas baseadas em estruturas de autocomposição de litígios*, compreendidas em tal rol a mediação, a conciliação e a transação. A esse conjunto é possível contrapor outro formado pelos *meios estruturados como mecanismos de heterocomposição de litígios*¸ formado pela jurisdição exercida por órgãos do Estado e pela arbitragem[4].

A consideração de um terceiro critério permite sejam separadas as diversas ferramentas existentes tomando como critério a presença ou não de uma prestação estatal diretamente ofertada às partes como meio para resolução de conflitos. Essa é a baliza que permite contrapor as *atividades que envolvem a atuação de órgãos do Estado como meios para solução de litígios* (jurisdição, mediação e conciliação) em relação a *atividades nas quais a resposta para o impasse é construída independentemente da existência de uma prestação ofertada diretamente por esses mesmos órgãos* (mediação, conciliação e arbitragem)[5].

---

[4] Para maiores considerações sobre outras categorias e reflexões sobre autocomposição de litígios, ver CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*. Cidade do México: UNAM, 2000. p. 71 e seguintes.

[5] A conceituação proposta é mais abrangente que a defendida por CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 8, para quem a expressão acesso à justiça envolve um sistema desenvolvido "*sob os auspícios do Estado*".

Da consideração das possibilidades acima elencadas, tem-se que a fundamentação de um sistema multiportas de acesso à justiça[6] como fenômeno dotado de *status* constitucional pode ser construída a partir do entrelaçamento entre duas premissas fundamentais. Nesse sentido, a compreensão do conteúdo do direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional como manifestação de atividade desenvolvida no âmbito da separação de poderes e funções do Estado é vista como uma fórmula que não exclui a possibilidade de existência de outras ferramentas igualmente comprometidas com a preocupação de solucionar conflitos. Desse encontro de razões resulta a construção de um direito fundamental que se enquadra dentre aqueles relativos à organização e ao procedimento[7], o qual é dotado de considerável sofisticação se comparado com outras ferramentas predispostas no ordenamento jurídico pátrio.

O legislador responsável pelo novo Código de Processo Civil sinaliza estar ciente a esse respeito. É o que se constata do marco legal estampado no art. 3º da referida codificação: se, no *caput*, vem densificada a fórmula constitucional do art. 5º, XXXV, nos parágrafos do referido comando o que se vê é justamente a compreensão quanto à existência de outros mecanismos igualmente voltados ao mesmo escopo, como a arbitragem, a mediação e a conciliação.

Esse modelo multiportas de acesso à justiça é formatado mediante o emprego de uma série de estratégias diferentes por parte do legislador. De um lado, a possibilidade de recurso à arbitragem constante do parágrafo primeiro do art. 3º do novo Código de Processo Civil é tratada como um direito fundamental de liberdade, situado no âmbito da autodeterminação das partes a respeito dos meios de que pretendem lançar mão para solucionar conflitos. No que se refere à mediação e à

---

[6] Fazendo menção à adoção desse modelo multiportas de acesso à justiça, ver REZENDE, Renato Horta. *O novo Código de Processo Civil voltado para a resolução de conflitos: mudança de paradigma?*. Revista dos Tribunais, vol. 965 (2016): 75-97; RASCOWSKI, Luiz. Apontamentos sobre o novo Código de Processo Civil. Revista dos Tribunais, 958 (2015): 363-386; LESSA NETO, João Luiz. *O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!.* Revista de Processo, vol. 244 (2015): 427-441. Para um compreensão do modelo de justiça multiportas em sua versão original, ver SANDER, Frank. *Varieties of Dispute Processing.* In: THE POUND CONFERENCE. Judicial Conference of the United States; Conference of Chief Justices; American Bar Association. *Addresses delivered at the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1976.

[7] Sobre a caracterização desses direitos fundamentais à organização e ao procedimento, ver ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 454 e seguintes.

conciliação, a fórmula empregada estende-se em duas direções, criando um cenário ainda mais rico. Primeiramente, renova-se o compromisso com a liberdade de escolha da parte por outros meios de solução de conflitos que não a prestação jurisdicional estatal, inerente aos mecanismos baseados em estruturas de autocomposição de litígios. Paralelamente a isso, o legislador estabelece compromissos do Estado com vistas à adoção de prestações positivas: no parágrafo segundo, mediante o emprego de uma formulação principiológica de desejo de produção de um resultado, e, no parágrafo terceiro, através do estabelecimento de regra a serem observada por determinados sujeitos[8].

A densificação do direito fundamental ao acesso à justiça pelo novo Código de Processo Civil tem o condão, ainda, de servir como indicativo a ser considerado pelo intérprete ao ofertar significado aos demais comandos constantes do sistema. A inserção do art. 3º dentro do seleto rol das chamadas normas fundamentais deve servir como guia a nortear o intérprete de modo a sempre optar pela exegese que melhor atender à exigência de acesso à justiça. Essa perspectiva teleológica mostra-se justificada em um dos principais aspectos inerentes à fundamentalidade formal do direito ao acesso à justiça, qual seja a sua aplicabilidade imediata a entidades públicas e privadas[9]. Uma postura hermenêutica que não priorize o respeito a direitos fundamentais nas escolhas feitas pelo intérprete é, em verdade, atentatória em relação ao constante do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.

3. Desafios decorrentes da regulamentação das atividades de mediação e conciliação desenvolvidas pelo Poder Judiciário no novo Código de Processo Civil

A inserção da mediação e da conciliação no contexto das atividades implementadas pelo Poder Judiciário é tarefa que se constitui em muito mais do que

---

[8] Zulmar Duarte destaca que a conclamação feita no art. 3º, § 3º do novo Código de Processo Civil "*é dirigida aos juízes, advogados, defensores públicos e ao membro do Ministério Público, não mais somente para o magistrado*" (in GAJARDONI, Fernando da Fonseca, DELLORE, Luiz, ROQUE, André Vasconcelos e OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte. *Teoria Geral do Processo. Comentários ao CPC de 2015. Parte Geral*. São Paulo: Método, 2015. p. 17)

[9] Sobre a distinção entre fundamentalidade formal e fundamentalidade material de direitos, ver SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 74-75.

simples inserção de uma etapa dentro de um procedimento jurisdicional. As escolhas feitas pelo legislador deixam em aberto uma série de questões que clamam por solução por parte do intérprete.

3.1. A petição inicial e a manifestação de interesse (ou desinteresse) do autor na realização da audiência de conciliação ou mediação: questões a considerar

Uma primeira questão a ser pontuada diz respeito à fórmula proposta pelo legislador no art. 319, VII, do Código de Processo Civil, segundo a qual a petição inicial indicará, dentre outras informações, a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

A análise do referido comando legal comporta pelo menos quatro importantes questões a serem consideradas. A primeira delas é a que diz respeito à efetividade da manifestação do autor, tendo em vista o disposto no art. 334, § 4º, I, do mesmo Código de Processo Civil, de acordo com o qual a audiência não será realizada se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual. A consideração do texto legal faz com que a manifestação do autor somente opere efeitos na medida em que encontre correspondência por parte do réu igualmente desinteressado na realização da referida audiência. Ainda segundo o legislador, essa manifestação do réu, por sua vez, deverá ser apresentada até dez dias antes da data agendada para realização da audiência, a teor do disposto no art. 334, § 5º, da novel codificação processual.

É no mínimo questionável a posição do legislador ao estabelecer como condição para a não realização da audiência a presença de manifestação de desinteresse de *ambas* as partes. A insistência na realização de audiência de conciliação ou mediação em caso no qual uma das partes, de maneira inequívoca, afirma não desejar se submeter a qualquer tentativa de autocomposição pode soar como desconsideração da vontade dos jurisdicionados. Há que se lembrar, nesse sentido, que o caráter disponível dos direitos que podem ser objeto de conciliação deve ser acompanhado da voluntariedade na manifestação de quem se submete aos mecanismos de conciliação e mediação. O caráter inabalável que possa eventualmente nortear a fé do legislador em relação à efetividade dos meios

colocados à disposição com vistas à solução consensual de litígios não pode solapar a liberdade de disposição de direitos do autor e do réu, a quem deve ser colocada a alternativa de escolha por participar ou não de tal ato processual[10].

Dessa primeira ordem de considerações exsurgiria, como alternativas para a parte desinteressada na tentativa de acordo, considerar as possibilidades de simplesmente não comparecer à audiência ou de fazer com que um preposto seu a ela comparecesse. Nesse cenário, ergue-se um segundo problema a ser considerado, qual seja o da ausência de razoabilidade da fórmula em questão no que se refere à escolha pelo comparecimento ou não à audiência de conciliação. Segundo o art. 334, § 8º, o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. O que se vê em tal comando é que um ônus imponível à parte foi transformado pelo legislador foi alterado de modo que a sanção desfavorável ao interesse de quem deixa de praticar o ato processual não guarda qualquer relação com a finalidade do ato. A norma em questão trabalha com a obrigatoriedade como modal deôntico a ser respeitado[11] em detrimento daquele que deveria ser adotado se considerada a natureza do fenômeno, qual seja a consideração da conduta como meramente facultativa, e, ao assim proceder, desafia o postulado da razoabilidade, impondo restrição injustificada ao direito fundamental à autodeterminação do autor e do réu em tal contexto[12].

A terceira questão derivada desse mesmo contexto envolve considerar os efeitos decorrentes do silêncio do autor que, ao apresentar a petição inicial, nada diz em relação à opção pela realização ou não da audiência de conciliação ou de

---

[10] Essa também é a posição de MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 533-535. Uma posição intermediária, pelo que se infere dos exemplos que elenca, é a de GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. 3ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 2015. p. 48. Em sentido contrário, defendendo que na presença de manifestação apenas do autor deve haver a realização da audiência, ver MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 2. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 180.

[11] Afirmando que a norma em questão veicula um dever a ser observado pelas partes, ver DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 17ª edição. Salvador: Editora Jus Podium, 2015. p. 625.

[12] A respeito dessa acepção da noção de razoabilidade, ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 98-101.

mediação. Seguramente a sanção a ser aplicada ao demandante não pode ser no sentido do indeferimento da petição inicial, tendo em vista que tal opção importaria em desconsiderar a teleologia presente nas exigências a serem atendidas. Sob o signo da efetividade do direito fundamental ao acesso à justiça, o silêncio da parte deve ser interpretado como concordância com a existência da audiência de conciliação ou mediação[13]. Assim ocorre na medida em que tal orientação é a que consagra o maior número de alternativas a serem empregadas pelas partes com vistas à obtenção de solução para os impasses por elas trazidos ao conhecimento do Poder Judiciário.

Uma última questão que se coloca como desdobramento da problemática anterior é a que concerne aos limites a serem observados pela parte autora ao apresentar petição manifestando desinteresse na audiência de conciliação ou mediação após a propositura da ação. Certamente os riscos da preclusão restam afastados em se considerando a possibilidade de emenda à inicial até a data da citação: em se considerando que o art. 329, I do Código de Processo Civil permite a alteração do objeto do debate até esse momento independentemente de anuência da contraparte, não se há de questionar a possibilidade de a parte dispor nesse mesmo ínterim a respeito das providências que pretende sejam utilizadas com vistas à solução do conflito por ela retratado na peça vestibular.

As diretrizes acima expostas permitem construir soluções ainda mais criativas para a última questão apresentada. Uma delas é a que envolve considerar a possibilidade de o autor apresentar a referida manifestação de desinteresse na realização da audiência de conciliação e mediação dentro do mesmo prazo imposto ao réu, isto é, até dez dias antes da realização da referida audiência. A teleologia das normas justifica o acerto da conclusão, tendo em vista que em tal circunstância restariam atendidos os objetivos associados à regra estampada no art. 334, § 5º, do Código de Processo Civil. Ao mesmo tempo em que se preserva a liberdade das

---

[13] Essa é a posição de Guilherme Freire Teixeira, CUNHA, José Sebastião Fagundes. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 576; de Luis Guilherme Aidar Bondioli, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR, Fredie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (org.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 818-819; e de AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às Alterações do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 436.

partes de dispor sobre o interesse na realização ou não da audiência de conciliação ou mediação, a apresentação de manifestação de ambas as partes dentro do prazo citado permite ao Poder Judiciário reorganizar sua força de trabalho de modo que a pauta de audiências possa ser redesenhada. Considerando que o prazo de antecedência previsto no art. 334, § 5º, do Código de Processo Civil é projetado, ainda, como ferramenta destinada a assegurar previsibilidade ao autor a respeito da expectativa ou não de realização da audiência multicitada, não se vislumbra prejuízo em seu desfavor na apresentação de manifestação até o advento do referido termo legal.

A única ressalva a ser feita em circunstâncias como a acima narrada diz respeito à necessidade de renovação da comunicação a ser endereçada ao réu, que deverá ser intimado em relação a tal petição, não se considerando necessário reagendar a audiência por tão somente em função da superveniência dessa nova informação trazida aos autos. Nesse caso, bastaria que a decisão que viesse a determinar a comunicação do réu a respeito da manifestação do autor contemplasse também expressamente a referência a respeito da preservação da data ou, de outro lado, que o referido comando contemplasse alerta para o réu a respeito da circunstância do início do prazo de contestação a partir da mencionada intimação, na hipótese de se entender ser injustificada a realização da audiência nos casos em que uma das partes (ou ambas) tenham manifestado interesse nessa direção.

3.2. A regulamentação estabelecida pelo legislador a respeito da audiência de conciliação ou mediação no contexto dos procedimentos especiais

Se a inserção da mediação e da conciliação no procedimento comum foi um desafio trabalhoso para o legislador, não menos espinhoso é o terreno em se considerando o desafio presente no trato de tais fenômenos no contexto dos procedimentos especiais. Diversas foram as orientações adotadas, e diversas são as explicações para as referidas escolhas legislativas.

Uma primeira ponderação é a que envolve a opção do legislador por expressamente estabelecer, em alguns procedimentos especiais regulados pelo novo Código de Processo Civil, que o réu será citado para apresentar contestação.

Essa é a situação vislumbrada, por exemplo, na ação de exigir contas (art. 550), nas ações possessórias de força nova (art. 564), na ação de demarcação de terras (art. 577) e na ação de dissolução parcial de sociedade (art. 601). Em situações como as acima apresentadas, impõe-se investigar, em primeiro lugar, qual seria a razão para o legislador expressamente mencionar fórmula diversa daquela prevista no art. 334 do Código de Processo Civil para o procedimento comum. Da mesma forma, é legítima a indagação, ainda, no sentido de saber se a existência de previsão legal expressa exclui a possibilidade de o juiz ainda assim designar audiência de conciliação e mediação, modulando o procedimento de modo a fugir do parâmetro legal.

Em alguns casos, ao que parece, o procedimento especial acaba por tratar de questão na qual não se mostra possível cogitar de audiência de conciliação e mediação em função da natureza da questão discutida. É o que se passa na ação de exigir contas, na qual não há espaço para transigir a respeito da prestação ou não de informações pelo réu ao autor. Mais do que uma definição por critério político[14], a instauração de uma audiência de conciliação ou de mediação acabaria por simplesmente esvaziar o procedimento e o debate na sua essência, equiparando-se qualquer acordo, do ponto de vista lógico, ao reconhecimento parcial da procedência do pedido do autor e à renúncia parcial do autor ao direito sobre o qual se funda a ação, o que não se confunde com a existência de concessões mútuas das partes com vistas à ocorrência de transação.

Semelhante parece ser o caso das ações possessórias de força nova. O rito diferenciado para as ações propostas em menos de ano e dia contados da data do esbulho, da turbação ou da correspondente ameaça guarda íntima relação com o fato de a crise em relação à posse ser continuada ao longo de menor ou maior período. Nas ações de força nova, o legislador pretende outorgar um regime jurídico pautado no acesso à justiça em favor do autor. A persistência do esbulho ou da turbação por mais de ano e dia sinaliza a existência de situações que, salvo na presença de outras razões excepcionais, não reclamam solução urgente e que, mais do que tudo,

[14] Entendendo ser uma "*opção política do legislador, levada a cabo por critérios próprios*", ver MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 3. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 150.

impõem atenção para a existência de expectativas do réu que passam a se consolidar na medida em que o tempo cada vez mais avança[15]. Nesse sentido, quanto maior o intervalo de tempo entre a data de esbulho ou turbação e a data da propositura da ação, mais se mostra justificada a realização de audiência de mediação.

Outra lógica parece ser a que rege o procedimento na ação de dissolução parcial de sociedade. Nenhuma razão há a justificar a inexistência da audiência de mediação, em especial na medida em que a crise trazida a juízo consiste em impasse que impacta toda uma relação jurídica mantida entre a sociedade empresária contratual e aquele que não mais a integra na condição de sócio. Em tais circunstâncias, defende-se que é possível a realização de audiência de mediação com base não apenas no constante da cláusula geral prevista no art. 3º, § 3º[16], mas, ainda, levando em conta os poderes de direção processual atribuídos ao juiz, na forma do art. 139, V, do Código de Processo Civil.

A cláusula geral e o influxo desses mesmos poderes de direção do processo não justifica seja determinada a realização de audiência de conciliação ou mediação no contexto da ação de consignação em pagamento. De se anotar que o silêncio do legislador a respeito da ocorrência ou não da audiência não autoriza a aplicação subsidiária automática do art. 334 do Código de Processo Civil, eis que a natureza do debate impõe cuidados ulteriores. Nos casos em que a consignação é fundada no desconhecimento ou incerteza quanto à pessoa do credor, assim como nos casos

---

[15] Não é por acaso o alerta de Adroaldo Furtado Fabrício ao anotar, em comentário ao art. 558 do novo Código de Processo Civil, que "*a fixação desse tempo em ano e dia – que nos vem das Ordenações lusitanas, senão de antes – conserva uma tradição multissecular e não tem base principiológica alguma, decorrendo do arbítrio puro do legislador. Em tempos de informação instantânea e agilidade extrema como os de hoje, bem poderia ser reduzido*" (in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR, Fredie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (org.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Op. cit., p. 1449).

[16] Assim também pensam Fernando Sacco Neto, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR, Fredie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (org.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Op. cit., p. 1505 e THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. 50ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 227-228. Sustentando ser necessária a designação de prévia audiência de conciliação "*por aplicação subsidiária do procedimento comum*", ver as ponderações de Luiz Fernando Casagrande Pereira, in CUNHA, José Sebastião Fagundes. *Código de Processo Civil Comentado*. Op. cit., p. 891. Embora a conclusão seja correta, tem-se que a premissa não o é, já que a aplicação subsidiária, como técnica, pressupõe o respeito ao texto legal naquilo em que expresso – e, no caso, o legislador é textual ao falar que "*os sócios e a sociedade serão citados para (...) apresentar contestação*".

em que a ação for proposta em função da recusa prévia do credor em receber a prestação debatida sob o argumento de que o valor a ser pago é insuficiente ao adimplemento, não se vê motivo para que se insista na realização da audiência de conciliação ou mediação.

É inquestionável o compromisso do legislador com o emprego de mediação e conciliação no contexto das ações de família, restando patente no art. 694 do novo Código de Processo Civil que todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia. A inserção de tais meios de autocomposição de litígios pelo legislador deu-se mediante o emprego de uma fórmula digna de elogios e de críticas.

O elogio à fórmula inscrita na novel codificação é devido à flexibilidade do *standard* empregado pelo legislador, que se mostra aberto à existência de múltiplas possibilidades a serem consideradas. No art. 696, a lei dispõe no sentido de que a audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual. Paralelamente a isso, o parágrafo único do art. 694 prevê a atribuição de poderes para o juiz com o fito de autorizar seja determinada a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar. Da mesma forma, o caput do art. 694 consagra, ainda, a necessidade de consideração, pelo juiz, quanto à necessidade de auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

A crítica a ser feita ao trabalho legislativo, por sua vez, tem como endereço o constante do art. 695, § 1º, do novo Código de Processo Civil. De acordo com o referido comando legal, nas ações de família o mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial. Na doutrina já é possível encontrar vozes sustentando o acerto do legislador, sob o argumento de que a ausência da cópia da petição inicial faria com que a parte comparecesse à audiência com o espírito mais predisposto à autocomposição[17].

---

[17] Essa parece ser a posição de Ivanise Tratz Martins, in CUNHA, José Sebastião Fagundes. *Código de Processo Civil Comentado*. Op. cit.,. p. 970; de Claudio Cintra Zarif, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR, Fredie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (org.). *Breves Comentários ao Novo Código*

A fragilidade dessa construção, contudo, é mais do que evidente. Em primeiro lugar, o alerta constante da parte final do mesmo art. 695, § 1º, do Código de Processo Civil, no sentido de ser assegurado ao réu o direito de examinar seu o conteúdo da petição inicial (e, registre-se, de qualquer informação constante dos autos!) a qualquer tempo não só é redundante, mas serve como indicativo para a conduta prudente a ser adotada por todo aquele que se insere em um debate processual, o que mostra que a regra, da forma como formatada, tende a ser de pouca aplicabilidade prática[18]. É pouco provável que as partes que sejam tomadas pelo sentimento de envolvimento em uma relação que clama por reconfiguração em função da existência de conflitos deixem de buscar subsídios a respeito do tema objeto da audiência.

Não se há de justificar a providência prevista no art. 695, § 1º sob o argumento de prevenir a exposição da intimidade das partes perante terceiros ou perante os auxiliares do juiz, como o oficial de justiça[19]. Em primeiro lugar, há que se considerar que a ferramenta prevista com vistas a tal desiderato é a tramitação em segredo de justiça, muitas vezes já associada a tais demandas, a teor do constante do art. 189, II, do próprio Código de Processo Civil. De outro lado, é ilegítima a preocupação com a exposição de informações de processos perante os servidores que se colocam a serviço do juiz, já que a estes toca o dever de observância a todo um regramento que contempla, para o bom exercício de suas funções, a proibição de manuseio e utilização de tais informações para além da função por eles exercida.

Sem prejuízo de tudo o quanto acima exposto, impõe-se consignar, ainda, que é inadmissível que se queira pretender levar a cabo audiências de conciliação e mediação às quais uma das partes compareça sem maiores informações a respeito do objeto do debate, ainda mais em se considerando a vulnerabilidade própria de boa parte dos sujeitos inseridos nas relações de família. Em um tal contexto, legitimar a realização de audiências de conciliação ou de mediação em um contexto no qual

de Processo Civil. Op. cit.,. p. 1602; e de THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. Op.cit.,. p. 373.

[18] Assim também pensa MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. Op. cit.,. p. 804.

[19] Essa preocupação pode ser vista em AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às Alterações do Novo CPC*. Op. cit.,. p. 751.

apenas a parte autora sabe exatamente qual o conflito que se coloca como ponto de partida do debate pode servir como ferramenta a acentuar ainda mais a assimetria que possa preexistir na comparação entre os litigantes.

Aponte-se, ainda, que se o que se tomar como sendo o espírito da lei for incentivar que as partes compareçam com menor volume de subsídios a respeito do conteúdo do conflito a ser dirimido como forma de desarmar os seus respectivos espíritos, essa fórmula, por mais que tenha sido pensada de maneira bem intencionada, é, no mínimo, paradoxal. A construção de um consenso com o fito de solucionar uma questão cujos termos sequer restaram claros para as partes equivale a impor às partes o dever de desempenhar um trabalho sem sequer saber a razão de ser da sua existência. Uma solução construída em um tal contexto certamente padece de um considerável déficit de legitimidade, gerando-se um comando no qual não se vê a plenitude daquele qualificativo que se espera presente como meio capaz de garantir a adesão espontânea aos termos do quanto definido voluntariamente pelos litigantes.

Como se vê, a quebra de simetria entre as partes em tal contexto[20] não só é medida contrária ao constante do art. 2º, II, da Lei nº 13.140/2015 (previsto para fins de regulação da mediação, mas inegavelmente aplicável também no âmbito da conciliação), mas pode ainda ser lida como atentatória a todo o arcabouço próprio da autocomposição de litígios. Nesse sentido, tem-se que há um verdadeiro atentado a parâmetros elementares que devem ser obrigatoriamente observados no contexto da mediação e da conciliação, em especial no que se refere ao princípio da decisão informada (art. 166, caput, do novo Código de Processo Civil e art. 1º, II, do Anexo III da Resolução CNJ nº 125/2010) e à obediência às regras da informação e da autonomia da vontade (art. 2º, V, da Lei nº 13.140/2015 e art. 2º, I e II, do Anexo III da Resolução CNJ nº 125/2010).

[20] Referindo a existência de violação ao princípio da isonomia, ver as considerações de Letícia Ferrarini, in VV.AA. Novo Código de Processo Civil Anotado – OAB/RS. Porto Alegre: OAB/RS, 2015. p. 466.

Considerações conclusivas

Os desafios referentes à efetividade dos direitos fundamentais já ocupam espaço considerável em termos de preocupação em se considerando a forma como eles se inserem no contexto constitucional, com todas as reflexões sobre as possibilidades de construção de restrições consideradas juridicamente toleráveis. Das observações antes expostas, vê-se que a introdução de novos componentes no âmbito legislativo pode interferir sobremaneira na forma como se dá a densificação do significado desses mesmos direitos fundamentais.

O risco a ser considerado como decorrente da introdução de comandos legais pretensamente comprometidos com o interesse em regulamentar o alcance de direitos fundamentais é enorme, pois os prejuízos decorrentes desse trabalho vem acobertado pela aparência da legalidade. A consciência quanto à existência de um bloco de juridicidade no âmbito dos direitos fundamentais processuais é a forma pela qual se permite combater as ameaças a tais direitos que sejam projetadas de maneira silenciosa e mascarada pelo legislador. O papel da lei, no contexto da atividade jurisdicional, é não só o de garantir segurança jurídica aos sujeitos do processo a respeito das normas a serem observadas no debate do qual resultará a decisão a ser por eles observada no caso concreto, mas também o de servir como escolha política eficiente em um contexto no qual cada vez mais se vê uma sociedade exigente em termos de demanda por justiça.

A adequação do procedimento em função do novo paradigma abraçado pelo legislador em sede de autocomposição de litígios é exigência que se impõe ao Estado, o qual, ao atender a tal demanda, não está trabalhando para além dos compromissos mínimos assumidos no texto constitucional. Ao contrário, o que se vê é a ressignificação do acesso à justiça, que passa a ser visto como uma pauta que demanda prestações positivas que rompam com o paradigma da decisão judicial como única válvula de escape a ser considerada por aqueles que buscam tutela efetiva de direitos. O novo paradigma a ser considerado nessa ressignificação, por sua vez, compreende não só o redesenho da atuação do juiz e das partes, mas também a necessidade de atenção redobrada do legislador para a consciência social a respeito de razões que impõem o repensar da forma como o homem

contemporâneo pode interagir com seus pares com vistas à construção de um padrão cultural mais sofisticado no que tange aos meios de que dispõe para construir a tão desejada justiça.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às Alterações do Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*. Cidade do México: UNAM, 2000.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 17ª edição. Salvador: Editora Jus Podium, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, DELLORE, Luiz, ROQUE, André Vasconcelos e OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte. *Teoria Geral do Processo. Comentários ao CPC de 2015. Parte Geral*. São Paulo: Método, 2015.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. 3ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 2. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 3. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RASCOWSKI, Luiz. Apontamentos sobre o novo Código de Processo Civil. Revista dos Tribunais, 958 (2015): 363-386.

REICHELT, Luis Alberto. Reflexões sobre a ressignificação do direito fundamental ao acesso à justiça no âmbito da justiça civil contemporânea. In: ALVITES, Elena; SARLET, Ingo W.; SCHIER, Paulo; ALCALÁ, Humberto Nogueira. (Org.). Direitos Fundamentais & Democracia: novas abordagens na perspectiva interamericana. 1ed.Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2022, p. 337-352.

REICHELT, Luis Alberto. O direito fundamental ao acesso à justiça em tempos de novas tecnologias: desafios e perspectivas no âmbito da justiça civil brasileira. In: Peter Häberle; Gilmar Ferreira Mendes; Francisco Balaguer Callejón; Ingo Wolfgang Sarlet; Carlos Luiz Strapazzon; Augusto Aguilar Calahorro. (Org.). Direitos fundamentais, desenvolvimento e crise do constitucionalismo multinível Livro em homenagem a Jörg Luther. 1ed.Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021, p. 711-740.

REICHELT, Luis Alberto. Reflexões sobre o conteúdo do direito fundamental ao acesso à justiça no âmbito cível em perspectiva contemporânea. Revista de Processo, v. 296, p. 21-40, 2019.

REZENDE, Renato Horta. *O novo Código de Processo Civil voltado para a resolução de conflitos: mudança de paradigma?* Revista dos Tribunais, vol. 965 (2016): 75-97.

SANDER, Frank. *Varieties of Dispute Processing.* In: THE POUND CONFERENCE. Judicial Conference of the United States; Conference of Chief Justices; American Bar Association. *Addresses delivered at the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1976.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. 50ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VV.AA. Novo Código de Processo Civil Anotado – OAB/RS. Porto Alegre: OAB/RS, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR, Fredie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (org.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

17. ORIGENS DO BRAZILIAN HOME RULE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: UM CASO SINGULAR DE DIFUSÃO BOTTOM-UP A PARTIR DA TRADIÇÃO CONSTITUCIONAL SUL-RIO-GRANDENSE[1]

 https://doi.org/10.36592/9786554600668-17

Luís Fernando Sgarbossa[2]

SUMÁRIO

Introdução

O presente capítulo, escrito com muita alegria para integrar obra em homenagem a um dos maiores constitucionalistas e juristas brasileiros, o Professor gaúcho Ingo Wolfgang Sarlet, visa resgatar uma relevante e pouco conhecida contribuição da tradição constitucional daquele Estado meridional para a nova ordem constitucional estabelecida em 05 de outubro de 1988, consistente no sistema de cartas municipais, intimamente relacionado com o autogoverno local.

---

[1] O presente capítulo foi aceito para publicação também pela Revista Brasileira de Federalismo – *Brazilian Journal of Federalism*, publicação do Centro de Estudos Constitucionais em Federalismo e Direito Estadual – ConState no ano de 2023.

[2] Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Professor Adjunto 4 da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Atualmente em Estágio Pós-Doutoral na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS sob a supervisão do Professor Titular Dr. Ingo Wolfgang Sarlet. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Fundamentais – GEDF da PUC/RS e líder do Grupo de Pesquisa em Subconstitucionalismo – SubConst da UFMS.

No dia 14 de julho de 2021 completaram-se cento e trinta anos da criação da primeira constituição do Estado do Rio Grande do Sul, carta esta que – apesar de sua curta vigência – inaugurou uma importante tradição constitucional subnacional no Brasil, a exemplo do que também ocorreu, no final do século XIX, em outros Estados de outras Regiões do país.

Por interferência do poder central, na série de vicissitudes que sofreria a federação brasileira desde a sua criação até a atualidade, a carta sul-rio-grandense de 1891 foi anulada, juntamente com mais da metade das demais vinte constituições subnacionais originárias, vindo a ser substituída, logo no ano de 1892 por uma constituição provisória.[3]

A estas duas cartas iniciais do primeiro ciclo de constituições subnacionais brasileiros seguiram-se outras cinco, totalizando assim a história daquele Estado da federação um total de sete constituições, compreendidas as de 1935, 1947, 1967, 1970 e, por fim, 1988.[4] A tradição constitucional gaúcha não foi imune, por conseguinte, a uma característica do subconstitucionalismo brasileiro apontada por Oswaldo Trigueiro, a saber, o fato de que a cada carta federal, normalmente, segue-se uma onda de novas cartas estaduais, fazendo com que – diversamente do que ocorre em outras experiências constitucionais – o constitucionalismo subnacional seja uma decorrência do constitucionalismo federal.[5]

Sofreu o subconstitucionalismo sul-rio-grandense, juntamente com os demais, não apenas os percalços das turbulências políticas e tendências centralizadoras nos primeiros anos da República, mas também aqueles impostos pelos regimes autoritários das décadas de trinta e sessenta a oitenta do século passado. Apesar disso, a tradição constitucional do Estado do Rio Grande do Sul teve, como outras, momentos de autonomia ou inovação significativa, ainda que eventualmente anuladas por aquelas tendências, presentes em nosso sistema

---

[3] Já em 1891 dissolveu-se o Congresso Nacional, depuseram-se diversos governadores e dissolveram-se diversos legislativos locais, com anulação das constituições e criação de novas cartas em boa parte dos Estados brasileiros. TRIGUEIRO, O. **Direito Constitucional Estadual.** Rio de Janeiro: Forense, 1980, pp. 56-57. Entre os governadores depostos encontrava-se Júlio de Castilhos e entre as constituições anuladas, a carta gaúcha de 1891, substituída por outra, outorgada por seu vice-governador, João de Barros Cassal, em 1892. FERNANDES, F. S.; BONAVIDES, P. **História Constitucional dos Estados Brasileiros.** São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 52-53.
[4] FERNANDES, F. S.; BONAVIDES, P. *op. cit*.
[5] TRIGUEIRO, O. *op. cit.*

político e jurídico desde o período colonial e incrementadas a partir do período imperial.

Assim, a título de exemplo, a primeira constituição gaúcha, de 1891, entre as inovações que adotou em manifesto vanguardismo, instituiu inovadores institutos de democracia semidireta, notadamente revogação popular de mandato e veto popular. Com efeito, referida carta constitucional subnacional previu que os representantes da assembleia poderiam ter seu mandato revogado por decisão popular[6], bem como que o conselho municipal teria a obrigação de revogar leis municipais se assim decidisse a maioria do eleitorado.[7]

Mais tarde, a constituição sul-rio-grandense de 1947 revelou-se extremamente vanguardista novamente quando, em radical assimetria com o modelo federal, estatuiu um sistema de governo semipresidencialista naquele Estado, prevendo a responsabilidade política do secretariado estadual pelo legislativo estadual. Ditas normas constitucionais foram prontamente nulificadas pela Suprema Corte brasileira no julgamento da Representação n. 94 julgada por aquele tribunal em 1947[8], coarctando-se assim, como em muitos outros casos, a autonomia dos entes territoriais subnacionais.

---

[6] Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1891: "Art. 39º - O mandato de representante não será obrigatório; poderá ser renunciado em qualquer tempo, e também cassado pela maioria dos eleitores." Outras três constituições daquele momento histórico previram o mesmo instituto, a saber, as constituições paulista e goiana de 1891 e a carta catarinense de 1895. SOUZAR. R. M.; VIEIRA, J. R. *Recall*, democracia direta e estabilidade institucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 51, n. 202, abr./jun. 2014, pp. 43-57.

[7] Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1891, art. 64, parágrafo único: "A lei orgânica do município determinará o processo para a decretação das leis municipais pelo intendente, estatuindo um praso rasoavel para a publicação prévia do projecto e a obrigação de revogal-as, quando assim reclamar a maioria dos eleitores do municipio." Tal instituto desapareceu na carta sucessiva (1892), como se constata do exame de seu artigo 63. Não se desconhece, por outro lado, as críticas da literatura àquela carta, concebida como manifestação de um "castilhismo" de vocação autoritária. Consulte-se, por exemplo, PINTO, F. R. M. A Constituição castilhista de 1891 e a fundação do constitucionalismo autoritário republicano. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 118, pp. 245-292, jan./jun. 2019.

[8] MENDES, G. F. Evolução do Direito Constitucional Brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, a. 32, n. 126, pp. 87-102, abr./jun. 1995. Há caso semelhante, da mesma época, envolvendo as normas da Constituição do Estado do Ceará (Rp 93, também de 1947). Evidentemente trata-se de caso de assimetria extrema, cuja nulificação foi fundamentada pela suprema corte em sua incompatibilidade para com o sistema de divisão de poderes preconizado pela carta federal também para os níveis subnacionais. A questão dos limites de autonomia e inovação subnacional encontra seu correspondente no problema das exigências de uma homogeneidade mínima em sistema político-jurídicos complexos. Sobre o tema, remete-se a DELLEDONNE, G. ***L'Omogeneità Costituzionale Negli Ordinamenti Composti.*** Nápoles: Editoriale Scientifica, 2017.

Este tipo de episódio, no entanto, não impediu que muitos Estados desenvolvessem instituições inovadoras em nível local, que nem sempre foram invalidadas por meio do controle de constitucionalidade. É o caso, por exemplo, da iniciativa popular de emendas à constituição, instituto inexistente no Brasil em nível federal, mas previsto em mais de dois terços dos entes da federação e que não foi nulificado pelo Supremo Tribunal Federal.[9]

O mesmo pode ser dito quanto às ações diretas de controle de constitucionalidade subnacionais, que encontraram amplo desenvolvimento não apenas por força dos constituintes estaduais do ciclo constitucional subnacional de 1989-1993 – que previram uma miríade de instrumentos para além do previsto nos arts. 125 § 2º e 35, IV da Constituição Federal de 1988, entre outras inovações, tais como a ampliação de legitimados ativos, o que foi admitido como legítimo pela suprema corte brasileira[10] –, mas também por obra de vasta jurisprudência formada a partir do exercício cotidiano deste controle subnacional abstrato de constitucionalidade pelos vinte e sete Tribunais de Justiça.[11]

---

[9] O STF reconheceu a legitimidade da iniciativa popular de projetos de emenda à Constituição estadual na ADI 825/AP, relatoria do ministro Alexandre de Moraes, julgada em 2019. Sobre o tema, conferir BONAVIDES, P. A primeira emenda à constituição por iniciativa popular. **Revista de Informação Legislativa**, a. 45, n. 179, jul./set. 2008, p. 53-55; SGARBOSSA, L. F.; SILVA, I. C. Emendas às Constituições Estaduais no Brasil: panorama comparativo das 27 subconstituições brasileiras quanto à emendabilidade. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 13, n. 23, pp. 119-164, jul./dez. 2020; SGARBOSSA, L. F.; BITTENCOURT, L. C. Iniciativa Popular estadual no Brasil: panorama comparativo dos 26 Estados e do Distrito Federal. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**, Londrina, v. 5, n. 1, pp. 45-70, jan./jul. 2020. PIRES, T. M. **Curso de Direito Constitucional Estadual e Distrital:** A Organização dos Estados e do Distrito Federal no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, pp. 129-130.

[10] O STF assentou entendimento sobre a desnecessidade de simetria estrita, no que diz respeito aos legitimados ativos, para com o paradigma federal. Nesse sentido, a ADI MC 558 RJ, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence (1993) e o RE 412921 AgR, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski (2011). No mesmo sentido, conferir LEONCY, L. F. **Controle de Constitucionalidade Estadual:** As Normas de Observância Obrigatória e a Defesa Abstrata da Constituição do Estado-membro. São Paulo: Saraiva, 2007, *op. cit.* pp. 57 e ss. PIRES, *op. cit.* pp. 324-325; SGARBOSSA, L. F.; IENSUE, G. Normas constitucionais inconstitucionais na Federação brasileira: limites do controle abstrato estadual de constitucionalidade de acordo com a jurisprudência do STF. *In:* CAZZARO, K. **Reflexões Teóricas sobre Direito Material e Processual.** Blumenau: Legere/Nova Letra, 2014, pp. 397-398.

[11] Desde 1989 foram proferidas dezenas de milhares de decisões em ações diretas estaduais. Sobre estas ações e seu efeito centralizador conferir TOMIO, F. R. L., ROBL FILHO, I. N. *Empirical Legal Research*: Teoria e Metodologia para uma Abordagem do Processo Decisório de Controle de Constitucionalidade no STF. *In:* **Direito e Experiências Jurídicas:** Debates práticos. SIQUEIRA, G. S., VESTENA, C. A. Volume II. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 96-117, bem como TOMIO, F. R. L.; ROBL FILHO, I. N.; KANAYAMA, R. L.. Constitucionalismo estadual e controle abstrato e concentrado de constitucionalidade nos Tribunais de Justiça: efeitos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) estaduais na federação brasileira. **Revista de Direito Brasileira**, ano 5, vol. 12, 2015, pp. 87-110.

No entanto, a inovação constitucional oriunda do constitucionalismo estadual gaúcho a ser objeto do presente estudo consiste na ampla autonomia política conferida aos municípios, em regime jurídico sem paralelo nas cartas constitucionais precedentes, simbolizada por sua inclusão entre os entes federativos nos artigos 1º e 18 da Lei Fundamental Federal, mas que transcende em muito esse fato isolado, como se verá. O objeto deste breve estudo será o peculiar processo de difusão *bottom-up*[12] do *sistema de cartas* municipais, introduzido no sistema constitucional brasileiro pelo constitucionalismo gaúcho e federalizado em 1988, como se verá.

No intuito de examinar esta temática de grande relevância para se compreender a peculiaridade do neofederalismo brasileiro contemporâneo, no primeiro tópico do estudo, a seguir, para fins de contextualização, far-se-ão algumas reflexões iniciais sobre as virtudes, as potencialidades e os limites do experimentalismo democrático proporcionado pelo federalismo e pela autonomia subnacional em termos de inovação da engenharia constitucional, pela difusão horizontal de modelos constitucionais e pela federalização de experiências e instituições constitucionais locais, a partir de exemplos análogos ao examinado no Direito Constitucional Comparado, notadamente no âmbito das tradições constitucionais subnacionais californiana, yucateca e bávara, a partir dos institutos do *recall*, do amparo e do *Verfassungsbeschwerde*, respectivamente.

No tópico sucessivo, explorar-se-ão as origens pretorianas e doutrinárias do *Home Rule* na experiência constitucional estadunidense, sabidamente influente em toda a região da América Latina e, em particular, no Brasil, constituindo a provável origem do centenário sistema gaúcho de cartas municipais.

O terceiro tópico será dedicado ao exame do processo de recepção de tal sistema pelo constituinte subnacional daquele Estado meridional brasileiro, assim como a manutenção do princípio do *local self government* e do sistema de cartas municipais durante toda a tradição constitucional ali iniciada sob a carta de 1891 de forma ininterrupta até a atualidade.

---

[12] Tal movimento de difusão a partir da base é atípico em nosso constitucionalismo multinível, no qual predomina a difusão de tipo *top-down* por imitação ou, principalmente, por coerção, como demonstraram COUTO, C. G.; ABSHER-BELLON, G. L.. Imitação ou coerção? Constituições estaduais e centralização federativa no Brasil. **Revista de Administração Pública,** Rio de Janeiro, v. 52, n. 2, pp. 321-344, mar./abr. 2018.

No tópico final, se revisitará a tentativa malfadada de constitucionalização deste sistema no Anteprojeto da Constituição Federal de 1934, bem como a posterior realização de tal federalização com a Carta de 1988, criando-se um peculiar sistema de autonomia municipal federalmente assegurada que se poderia denominar de *Brazilian Home Rule*[13], por meio do já mencionado singular processo de difusão vertical-ascendente do modelo de cartas ou leis orgânicas municipais gaúcho para o Direito Constitucional federal.

1. Constitucionalismo subnacional e experimentalismo democrático

Uma das principais inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 em termos de organização territorial do poder, com a adoção de interessante arranjo neofederal, decorre de recepção de instituição oriunda da tradição constitucional do Estado do Rio Grande do Sul, consistente no regime de cartas ou de leis orgânicas adotadas pela própria municipalidade. Como se sabe, ademais, tais leis fundamentais são dotadas consideradas o *higher law* local e são dotadas de *entrenchment*, o que torna plausível, inclusive, os pontos de vista na literatura jurídica e na jurisprudência que nelas vislumbram um Direito Constitucional Municipal, apesar da controvérsia existente a respeito do tema.[14]

Este fato chama a atenção por ser bastante atípico na história da federação brasileira, uma vez que esta é caracterizada por uma margem não muito ampla de autonomia constitucional subnacional, decorrente da tendência constante à centralização e uniformização, além de ter como característica a predominância de processos de difusão do vertical descendentes, em que normas e instituições federais tendem a ser reproduzidas em nível subnacional, seja espontaneamente, seja por um processo de imposição dos modelos constitucionais federais ao legislador constituinte subnacional.[15]

---

[13] SGARBOSSA, L. F.; IENSUE, Geziela. *Stadtluft macht Frei:* O Neofederalismo, o *Home Rule* brasileiro e a plausibilidade de um Direito Constitucional Municipal no Brasil. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2023** (prelo).
[14] Sobre o tema conferir SGARBOSSA, L. F.; IENSUE, G. *Stadtluft* cit.
[15] COUTO, C. G.; ABSHER-BELLON, L., *op. cit.*

Se as conclusões do presente estudo estiverem corretas, o caso em exame constitui um dos raros e mais importantes processos de difusão de modelos constitucionais no sentido *bottom-up*, que se traduziu, como se examinará, na constitucionalização, em nível federal, de um modelo constitucional longamente experimentado em um dos sistemas constitucionais subnacionais.

Este fenômeno parece corroborar uma tese já tradicional tanto entre os pesquisadores dedicados a temáticas correlatas às federações e ao federalismo quanto entre os voltados ao cultivo do Direito Constitucional Subnacional – estadual, provincial, cantonal e congêneres –, a saber, a tese do experimentalismo democrático.[16]

A ideia central da tese, sinteticamente falando, é bastante evidente: conferir um razoável espaço constitucional subnacional para os entes federados ou seus equivalentes em Estados federo-regionais pode ter em seu favor a ideia de que os entes subnacionais poderão vir a operar como laboratórios de experimentalismo democrático, nos quais novas normas e instituições poderão ser testadas, aprimoradas e, eventualmente, se bem-sucedidas, exportadas, seja em movimentos de difusão horizontal – entre os entes subnacionais de mesmo nível – seja em movimentos de difusão vertical ascendente – i.e., dos entes subnacionais para os entes territoriais superiores e, até mesmo, para o nível supranacional.

Este exercício local de inovação pode revelar-se um interessante motor de inovação na engenharia institucional, por possibilitar o teste, em nível local, de instituições cujo processo de *trial and error* em nível federal ou nacional poderia ter custos altos, inclusive proibitivos.

Os referidos movimentos de difusão vertical ascendente não são raros, ocorrendo em diversas tradições constitucionais, com maior ou menor frequência, como evidenciam os estudos de Direito Constitucional Comparado. Assim, cabe trazer à colação alguns casos de inovação subnacional bem-sucedida, ocorridos tanto nas Américas quanto na Europa, ao longo dos séculos XIX e XX.

---

[16] SGARBOSSA, L. F. Estado federal e pluralismo constitucional: Direito Constitucional estadual e experimentalismo democrático. *In:* BOLONHA, C.; LIZIERO, L.; SEPÚLVEDA, A. (orgs.). **Federalismo:** desafios contemporâneos. Porto Alegre: Editora Fi, 2019, pp. 53-72.

Uma primeira instituição singular que nasce e se desenvolve localmente para, após, vir a ser difundida tanto por meio de processos verticais quanto horizontais de difusão do direito é o *recall* ou direito de revogação, sabidamente mecanismo de democracia semidireta, historicamente afastado da tradição constitucional europeia – especialmente britânica e francesa[17] – e, no entanto, experimentada e difundida na tradição constitucional estadunidense, exatamente a partir da experimentação local.

O *recall* sabidamente consiste na revogação popular de mandato pelo próprio eleitorado, pelo que permanece inconfundível com outras formas de responsabilidade política ou político-administrativa mais comuns em diferentes sistemas de governo. Grosseiramente, cuida-se de petição sufragada por parte do eleitorado propondo a revogação, cumpridos eventualmente outros requisitos – inclusive, eventualmente, caução – e, ao final, coroada com uma consulta popular sobre a revogação do mandato do agente público ou, frequentemente, uma antecipação de eleição.[18]

Tal peculiar instituto surge em nível municipal nos EUA, no Século XIX, mais especificamente no município de Los Angeles como expressão de um ativismo social em busca de um aumento do controle social ou popular sobre os agentes públicos em face de problemas de corrupção e desvios de conduta. Dali, sabidamente, difunde-se para outros municípios, em um processo de difusão horizontal por imitação e chega, inclusive, ao Direito Constitucional estadual, em um processo de difusão vertical ascendente, integrando o direito constitucional californiano desde então.[19]

A partir do Direito Constitucional Estadual da Califórnia, propaga-se novamente, por um processo de difusão horizontal, para inúmeros Estados norte-americanos, notadamente, e embora nunca tenha sido federalizada, compreende

---

[17] A incompatibilidade do instituto com o mandato representativo é obvia, pelo que as experiências de revogação popular são de ocorrência rara, como é o caso do *Abberufungsrecht* cantonal suíço ou na revogação popular de mandato ou investidura que existiu no constitucionalismo soviético da antiga URSS. MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo I: O Estado e os Sistemas Constitucionais. Coimbra: Coimbra, 2003.

[18] Ver IENSUE, G.; SGARBOSSA, L. F. Democracia e responsabilidade: breve análise dos instrumentos de responsabilização política das democracias contemporâneas. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 17, n. 70, pp. 145-173, out./dez. 2017.

[19] A Constituição do Estado da Califórnia de 1879 prevê o *recall* ao lado da iniciativa e do veto populares em seu artigo I e, quanto à primeira, especificamente a partir da Seção 13 a 19.

atualmente um significativo número de Estados e de municípios norte-americanos.[20] A experiência do *recall* estadunidense revela como uma instituição surgida no Direito Municipal foi passível de, por imitação espontânea, ser exportada para outros municípios e para o Estado de que fazia parte, bem como para outros Estados daquela federação, em interessante caso de difusão *bottom-up* e, posteriormente, horizontal subnacional, tanto no nível local quanto no estadual.

A trajetória da destituição popular de agentes públicos estadunidense não constitui episódio isolado, havendo outros casos importantes semelhantes registrados em outros quadrantes, inclusive na América Latina. Processo particularmente interessante se deu com a garantia fundamental do *amparo* mexicano, a mais importante e célebre daquele sistema constitucional e possivelmente a mais bem-sucedida instituição constitucional latino-americana.

Como se sabe, trata-se de remédio constitucional caracterizado por sua tutela omnicompreensiva de direitos fundamentais naquele ordenamento, consistente em ação constitucional de rito célere e extrema informalidade. Tal remédio constitucional surge em nível subnacional, mais especificamente na Constituição Política do Estado de Yucatán de 1841[21], por influência do pensamento de Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá, de acordo com a literatura, tendo dali se difundido para outros Estados mexicanos, posteriormente federalizado, tendo sido inscrito inclusive nas cartas federais de 1857[22] e de 1917[23].

---

[20] É interessante que no caso do Brasil, apesar da instituição não ter sido acolhida no texto constitucional federal de 1988, houve previsão do *recall* em nosso sistema constitucional por obra do legislador constituinte subnacional, uma vez que as constituições dos Estados de Goiás, Rio Grande do Sul e São Paulo de 1891, bem como a Constituição do Estado de Santa Catarina, de 1895, o previram, sujeitando diversas autoridades à revogação popular de mandato. Duas destas cartas também previram o veto popular, a saber, a carta sul-rio-grandense de 1891 e a paulista do mesmo ano, limitando-se a última às leis municipais, e tendo a primeira por objeto do veto popular as leis estaduais. Sobre o tema, conferir SOUZAR. R. M.; VIEIRA, J. R. *op. cit*. CALIMAN, A. A. **O *recall* no Estado de São Paulo**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 42, n. 165, jan./mar. 2005, pp. 197-203.

[21] A Constituição yucateca de 1841 previa o instituto em diversos dispositivos. Em seu art. 8º estatuía: *"Los jueces de primera instancia ampararán el goce de los derechos garantidos por el artículo anterior a los que pidan su protección contra cualesquier funcionarios que no correspondan al orden judicial, decidiendo breve y sumariamente las cuestiones que se susciten sobre los asuntos indicados."* Outros dispositivos desenvolviam a garantia, tais como o art. 9º e o art. 62, entre outros.

[22] A Carta federal mexicana de 1857 tratou do amparo em seus artigos 101 e 102. O artigo 101 em seu inciso I previa a competência dos tribunais federais para julgarem alegações de violação por leis ou outros atos do poder público de direitos individuais. O artigo 102, por sua vez, regulamentava o processo e o julgamento do remédio constitucional.

[23] A carta dos Estados Unidos Mexicanos de 1917, ainda vigente apesar de quase inteiramente reformada, trata do instituto do amparo em seus artigos 103 e 107, principalmente. No primeiro o

Seguiu, assim, trajetória similar à do *recall* norte-americano, embora tenha surgido já na órbita estadual e, dali, se difundido amplamente para outros Estados mexicanos, por processos de difusão horizontal por imitação, em posteriormente vertical ascendente, traduzindo-se na já mencionada federalização do mesmo.[24]

Mas o *writ* constitucional mexicano foi ainda mais bem sucedido em termos de difusão, como se percebe, pois além de ter sido federalizado – coisa que não ocorreu com o *recall* –, chegou a ser exportado para praticamente toda a América Latina e para outros continentes, inclusive para a ex-metrópole – num interessante caso de recepção de direito invertida, uma vez que em regra a difusão de modelos se faz em sentido metrópole-colônia (ou ex-metrópole-ex-colônia), e não o inverso.[25]

Atingiu, ainda, o próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo a fonte de inspiração para normas constantes de instrumentos internacionais globais e regionais de primeira grandeza, integrantes do sistema onusiano e do sistema regional interamericano de proteção[26]. Aqui se verificam processos de difusão horizontal e vertical não apenas no âmbito doméstico, mas atingindo também o direito estrangeiro e, também, o Direito Internacional.

Desse modo, a garantia fundamental do amparo constitui um exemplo ímpar da relevância de que podem se revestir instituições nascidas no espaço constitucional reservado aos Estados para o aprimoramento dos sistemas jurídicos domésticos e, inclusive, eventualmente de sistemas jurídicos internacionais.

Como um último caso merecedor de menção na ilustração da verossimilhança da tese do experimentalismo democrático e de suas potencialidades, encontra-se o

---

prevê, em seu inciso I, estabelecendo a competência de juízes e cortes federais para seu processo e julgamento. O artigo 107, por sua vez, regula minuciosamente o amparo em seus atuais dezessete incisos.

[24] Quanto às fontes de inspiração do amparo, verifica-se controvérsia na literatura especializada, apontando alguns ter sido inspirado em instituições da tradição constitucional anglo-americana, ao passo que outros sustentam que o instituto criado no México inspirou-se em institutos preexistentes específicos do direito aragonês, nomeadamente os processos de *manifestación* e de *firma de derecho.* FAIRÉN GUILLEN, V. ***Antecedentes Aragoneses de Los Juicios de Amparo.*** Cidade do México: UNAM, 1971.

[25] SGARBOSSA L. F.; IENSUE, G. Circulação de modelos, direitos e garantias fundamentais: o caso do "Amparo" mexicano. ***Revista Opinión Jurídica***, Medelín, vol. 16, núm. 32, 2017, Julho-Dezembro, pp. 155-168.

[26] As normas no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos por influência do remédio mexicano teriam sido, entre outras, no sistema onusiano, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 2º, 3), e no sistema interamericano a Convenção Americana de Direitos do Homem (art. 25). SGARBOSSA, L. F.; IENSUE, G., Circulação *cit*.

Verfassungsbeschwerde, instituto de origem Bávara que igualmente influenciou não apenas o direito constitucional de outros *Länder* alemães, por meio de processos de recepção material de direito por imitação, mas também o próprio Direito Constitucional federal alemão.

O *Verfassungsbeschwerde* surge na constituição bávara de Bamberg de 1919 (*Verfassungsurkunde des Freiestaates Bayern* ou simplesmente *Bamberg Verfassungs*), sofrendo um ocaso sob o nacional-socialismo após 1933 e ressurgindo com a Constituição do Estado Livre da Baviera de 1946 (*München Verfassungs*), ao lado da célebre *Popularklage*.[27] Esta sabidamente constitui uma ação popular de inconstitucionalidade, ao passo que aquele se afigura como em uma ação constitucional vocacionada à tutela específica de direitos fundamentais, consistindo em institutos complementares no direito bávaro.

O remédio constitucional do *Verfassungsbeschwerde* foi objeto de processos de difusão horizontal, tendo sido adotado por outros Estados da Federação alemã[28], e vertical, eis que foi recepcionada materialmente pela ordem jurídico-constitucional federal. A recepção na última deu-se, como é sabido, inicialmente pela legislação infraconstitucional, por meio de Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal de 1951[29] e, posteriormente, no texto da *Grundgesetz* de 1949, por meio de emenda àquela no ano de 1969, que incluiu os itens 4ª, 4b e 4c ao seu artigo 93.[30] Seu relevo atual é

---

[27] CAPPELLETTI, M. ***La Jurisdicción Constitucional de la Libertad.*** Trad. Hector Fix Zamudio. Cidade do México: Imprenta Universitaria, 1961. O instituto estava previsto no parágrafo 93 da Constituição de Bamberg: *"§ 93. (1) Jeder Staatsangehörige und jede juristische Person, die in Bayern ihren Sitz hat, haben das Recht der Beschwerden an den Staatsgerichtshof, wenn sie glauben, durch die Tätigkeit einer Behörde in ihrem Recht unter Verletzung dieser Verfassung geschädigt zu sein. Die Beschwerde ist nur zulässig, wenn vorher ohne Erfolg beim Ministerium Abhilfe nachgesucht worden oder der Rechtsweg erschöpft ist. (2) Die Entscheidungen des Staatsgerichtshofes sind dem Beschwerdeführer, dem Landtage und dem Ministerium mitzuteilen"*. Na Constituição Bávara de Munique de 1946, o remédio constitucional foi regulado nos artigos 66 e 120: *"Artikel 66. Der Verfassungsgerichtshof entscheidet über Beschwerden wegen Verletzung der verfassungsmäßigen Rechte durch eine Behörde (Art. 48 Abs. 3, Art. 120) (...) Artikel 120. Jeder Bewohner Bayerns, der sich durch eine Behörde in seinen verfassungsmäßigen Rechten verletzt fühlt, kann den Schutz des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes anrufen."*

[28] CAPPELLETTI, M, *op. cit.* No mesmo sentido, SGARBOSSA, L. F.; IENSUE, G. **Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa:** Os Sistemas Constitucionais e a Jurisdição Constitucional. Curitiba: Instituto Memória, 2019.

[29] *Gesetz über das Bundesverfassungscherícht* de 1951*: "§ 13 Das Bundesverfassungsgericht entscheidet (...) 8a. über Verfassungsbeschwerden."*.

[30] MENDES, G. F. **Jurisdição Constitucional:** o Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *Gundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* de 1949: "*Art 93 (1) Das Bundesverfassungsgericht entscheidet: (...) 4a. über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentlich Gewalt in einem seiner*

tamanho que dele depende, ao menos em parte, a própria caracterização dos direitos fundamentais no sistema constitucional tedesco, conforme a lição de Sarlet e Godoy:

> "A reclamação constitucional, portanto, consiste na ação constitucional por excelência para o efeito da proteção judiciária dos direitos fundamentais por parte do TCF e a própria definição de direitos fundamentais é, em parte, por ela determinada, por se tratar de uma prerrogativa exclusiva dos direitos fundamentais. Nesse sentido, numa perspectiva formal, direitos fundamentais são aqueles preceitos da LF em relação aos quais é cabível o manejo da reclamação constitucional."[31]

Antes de encerrar o presente tópico, uma observação conclusiva parece ser interessante. A celebrada jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* tedesco é amplamente conhecida e influente em todo o mundo, em matérias de primeira grandeza, tais como direitos fundamentais, federalismo e democracia, sabidamente, como ilustram decisões célebres daquela corte constitucional dotadas de impacto global.

Ao se compulsar aquela jurisprudência, constata-se que inúmeros destes *landmark cases* que exercem forte influência no constitucionalismo contemporâneo global e que ajudaram a conformá-lo em seus aspectos mais atuais são oriundas, precisamente, de decisões proferidas pelo *BVerfGe* em sede de julgamentos do remédio constitucional de origem bávara ora mencionado, o que apenas reforça a importância do espaço constitucional subnacional e do respeito à autonomia dos

Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein;". É interessante observar que o próprio *Konkrete Normenkontrolle* realizado pelo *Bundesverfassungsgericht*, previsto no art. 100 (1) da Lei Fundamental tedesca vigente parece ter suas origens no direito constitucional bávaro, e, mais especificamente na *Richterklage* daquele *Land*, tendo sido previsto originalmente na Constituição de Munique de 1946 (*Artikel 92. Hält der Richter ein Gesetz für verfassungswidrig, so hat er die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs herbeizuführen."*) e, posteriormente, recepcionado pelo Direito Constitucional de outros *Länder* e, ainda, pela *Grundgesetz* federal. É o que parece sugerir CAPPELLETTI, M., *op. cit.* p. 59, nota de rodapé n. 226.

[31] SARLET, I. W.; GODOY, A. S. M. **História Constitucional da Alemanha:** Da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental. Porto Alegre: Editora da Fundação Fênix, 2021, p. 310.

entes subnacionais para o desenvolvimento e aprimoramento do sistema jurídico-constitucional.[32]

Os três exemplos mencionados, além do caso do *Home Rule* brasileiro, parecem corroborar completamente a tese do experimentalismo democrático, assim como, a consequente importância de uma orientação no sentido de assegurar a maior autonomia e o maior espaço constitucional possíveis aos entes subnacionais, dentro dos limites impostos pela realidade de casa sistema jurídico-político concreto. Examinados estes, cabe investigar o desenvolvimento do *Home rule* nos EUA e sua posterior recepção no Brasil.

2. As origens do *Home rule* no Direito Constitucional Estadual dos EUA

Nos Estados Unidos da América existe, sabidamente, uma tradição de autogoverno subnacional que remonta ao período colonial e que acaba por se traduzir, após a Constituição da Filadélfia, na ampla margem de autonomia estadual sob a federação.[33] A constituição estadunidense de 1787 regula basicamente os órgãos federais, deixando ampla margem de conformação para os Estados e nada dispondo sobre os municípios, cujo regime jurídico acaba confiado àqueles, com base em seus poderes reservados (X Emenda, 1791).[34]

---

[32] Como observam Ingo Wolfgang Sarlet e Arnaldo Sampaio de Morais Godoy, o *Verfassungsbeschwerde* ocupa o primeiro lugar nos processos levados ao TCF Alemão, sendo seguido pelo controle concreto de normas previsto no art. 100 da Lei Fundamental de 1949. SARLET, I. W.; GODOY, A. S. M., *op. cit*. Em sua obra clássica sobre os 50 anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, Jürgen Schwabe elenca 132 casos julgados pela corte entre a década de 1950 e o início dos anos 2000. Destes, nada menos do que 87 são decisões proferidas em processos de *Verfassungsbeschwerde* impetrados contra atos normativos ou decisões judiciais. São exemplos de decisões célebres proferidas em julgamentos de "reclamações constitucionais", entre outros, *Lüth-Urteil* (*BVerfGE* 7, 198, de 1958), *Apotheken-Urteil* (*BVerfGE* 7, 377, de 1958), *Blinkfüer* (*BVerfGE* 25, 256, de 1969), *Mephisto* (*BVerfGE* 30, 173, de 1971), *Numerus Clausus* (*BVerfGE* 33, 303, de 1972), *Lebach* (*BVerfGE* 35, 202 de 1973), *Kruzifix Urteil* (*BVerfGE* 93,1, de 1995), entre outros. SCHWABE, J. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Trad. Beatriz Hennig *et al.* Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

[33] MIRANDA, J. *op. cit*.

[34] Para um panorama comparativo do catálogo de direitos fundamentais federal e subnacionais nos EUA e também na Alemanha, conferir SARLET, I. W.; SGARBOSSA, L. F. Direitos e garantias fundamentais estaduais: um olhar sobre a Alemanha e os Estados Unidos da América. *In:* SGARBOSSA, L.F.; ARAÚJO, M. L. C. de. **Direitos Fundamentais Estaduais e constitucionalismo subnacional.** Recife: Editora Publius, 2022, pp. 15-78.

Em função da variedade de arranjos existentes em diferentes Estados no que diz respeito aos governos locais e especialmente de conflitos entre os poderes estaduais e locais – aqui entendidos como os municipais ou de condados –, a discussão sobre a autonomia municipal revelou-se importante naquele sistema, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, uma vez que recebeu tratamentos bastante diversos conforme aqueles órgãos judiciais adotassem uma entre duas concepções rivais que ali vieram a se firmar ao longo do tempo.[35]

Uma das concepções rivais mencionadas é dominante, conhecida como *Dillon's Doctrine*, que remonta ao precedente da Suprema Corte de Iowa de 1868 firmado em *The City of Clinton v. Cedar Rapids and the Missouri River Railroad*.[36] Essa orientação foi difundida pelo *Justice* John F. Dillon também em sua obra *The Law of Municipal Corporations*, publicada em 1873, e pode ser grosseiramente sintetizada como a concepção segundo a qual na medida em que os Estados gozam de todos os poderes que não conferidos à União nem lhes sejam vedado, por força da cláusula de poderes reservados, cidades, municípios e condados gozariam apenas dos poderes que lhes fossem expressamente atribuídos pelos Estados por meio de suas leis.

Com efeito, a Constituição da Filadélfia não se dedicou nem aos Estados e nem aos governos locais, limitando-se a organizar os poderes federais, seu próprio emendamento e os traços mais básicos da federação estadunidense. A X Emenda, de 1791, como já dito, atribui aos Estados todos os poderes não atribuídos à União ou vedados àqueles[37], pelo que, na ambiência do federalismo norte-americano, a doutrina de Dillon parece plausível, baseando-se na visão segundo a qual a autonomia subestadual, se existente, é fruto de uma delegação de poderes feita pelos Estados em favor das municipalidades.

Para essa concepção, em consequência, inexiste um direito ao autogoverno propriamente dito em nível municipal e os governos locais não gozam de autonomia

---

[35] A literatura norte-americana sobre o tema é vasta. Confira-se, entre tantos, o excelente estudo de FRUG, G. E. *The City as a Legal Concept*. ***Harvard Law Review***, v. 93, n. 6, abr./1980, pp. 1057-1154.
[36] 24 Iowa 455 (1868).
[37] Ressalva feita aos *implicit powers* reconhecidos pela Suprema Corte dos EUA em *McCulloch v. Maryland* (17 U.S. 316, 1819), que sabidamente ampliou a esfera competencial da União. MIRANDA, J., *op. cit.*

nem de garantias em face dos Estados cujo território integram, estando inteiramente sujeitos aos legislativos estaduais, podendo ser por eles criados, modificados, controlados, regulados, restringidos e até mesmo abolidos discricionariamente, conforme juízos políticos das autoridades estaduais não sindicáveis pelo judiciário.[38]

Note-se que além do contexto baseado nos poderes residuais dos Estados encontra-se na base de tal concepção, ainda, o *direito histórico ao autogoverno* dos Estados originais – as treze ex-colônias britânicas independentes em 1776 –, o que faz inclusive que se conceba sua autonomia como *originária* – ou seja, anterior à federação – e como o próprio fundamento de legitimidade da Constituição Federal, diversamente do que ocorre em federalismos originados por processos de desagregação, como o brasileiro, em que Estados são concebidos como meras criaturas do Estado federal e de sua constituição.[39]

A doutrina rival à ora sumarizada é conhecida como *Cooley Doctrine*, também em homenagem ao *Justice* homônimo da Suprema Corte do Estado de Michigan, remontando ao precedente *People ex rel. LeRoy v. Hurlbut,* julgado pela mesma em 1871.[40] Segundo tal concepção o governo local é expressão de um *direito inerente ao autogoverno*, associado ao próprio princípio democrático e inextricavelmente ligado às próprias ideias de base da revolução americana, sendo assim intangível à autoridade estadual, não podendo ser restringido, regulado, controlado, abolido ou suprimido de maneira arbitrária, em diametral oposição à doutrina rival.[41]

De todo modo, é necessário advertir que a Doutrina *Colley* – base de *home rule* naquele país – acabou por não constituir a concepção dominante nos EUA, do ponto de vista jurisprudencial, como se percebe especialmente a partir da análise da

---

[38] *"Municipal corporations owe their origin to, and derive their powers and rights wholly from, the legislature. It breathes into them the breath of life, without which they cannot exist. As it creates, so may it destroy. If it may destroy, it may abridge and control"* (*Justice Dillon's Opinion*, em *City of Clinton v Cedar Rapids cit.*, *Iowa Supreme Court*, 1868).

[39] TRIGUEIRO, O. *op. cit.* Como recorda este autor, a situação relativa de Estados em *coming together federations* e em *holding together federations* pode ser bastante distinta.

[40] 24 Mich 44 (1871).

[41] *"The historical fact is, that local governments universally, in this country, were either simultaneous with, or preceded, the more central authority (...) What I say here is with the utmost respect and deference to the legislative department; even though the task I am called upon to perform is to give reasons, why a blow aimed at the foundation of our structure of liberty should be warded off.(...) "local government is a matter of absolute right; and the state cannot take it away".* (*Justice Cooley Opinion's, Michigan SC, 1871 §§ 100 e 109*).

jurisprudência da Suprema Corte federal daquele país. Esta, ao enfrentar casos envolvendo a questão da autonomia municipal no início do século XX, sufragou a *Dillon's Doctrine*.

Com efeito, em *Hunter v. City of Pittsburg* (1907)[42], caso que envolvia discussão acerca da legitimidade constitucional da anexação da cidade de Allegheny a Pittsburgh (Pensilvânia), à revelia da vontade de seus moradores, a Suprema Corte estadunidense estabeleceu o *Dillon's Rule* como regra, embora tenha ressalvado ser lícito aos Estados adotar o *Home rule* – ou seja, a doutrina da autonomia local – em suas leis ou constituições, o que terá repercussões históricas relevantes, como se verá.[43] A adoção da *Dillon's Doctrine* pela *US Supreme Court* foi reiterada em *Trenton v. New Jersey*, em 1923.[44]

Assim, nos Estados Unidos, em matéria de autonomia municipal ou autogoverno local, preponderou a doutrina de Dillon, conforme demonstram os dois precedentes da Suprema Corte da primeira metade do século XX. No entanto, conforme observado, sendo facultado aos Estados adotar um sistema baseado no direito ao autogoverno local, diversos Estados, por via constituinte ou legislativa, perfilharam a doutrina *Cooley*, adotado o *Home rule* ou autogoverno local como regra, originando a célebre distinção ainda hoje existente entre os *Home Rule States* e os *Dillon's Rule States*.

Não há necessidade em aprofundar a questão aqui, bastando a descrição sumária das concepções rivais acerca da matéria nos EUA e as mencionadas decisões paradigmáticas para auxiliar na compreensão da distinção da condição do

---

[42] 207 U.S. 161 (1907).

[43] *"Municipal corporations are political subdivisions of the state, created as convenient agencies for exercising such of the governmental powers of the state as may be entrusted to them.... The number, nature, and duration of the powers conferred upon these corporations and the territory over which they shall be exercised rests in the absolute discretion of the state." (...)"The state, therefore, at its pleasure, may modify or withdraw all such powers, may take without compensation such property, hold it itself, or vest it in other agencies, expand or contract the territorial area, unite the whole or a part of it with another municipality, repeal the charter and destroy the corporation. All this may be done, conditionally or unconditionally, with or without the consent of the citizens, or even against their protest. In all these respects the state is supreme, and its legislative body, conforming its action to the state Constitution, may do as it will, unrestrained by any provision of the Constitution of the United States."* (*U.S. Supreme Court, Hunter v. City of Pittsburg,* 1907).

[44] 262 U.S. 182 (1923): *"In the absence of state constitutional provisions safeguarding it to them, municipalities have no inherent right of self-government which is beyond the legislative control of the state, but are merely departments of the state, with powers and privileges such as the state has seen fit to grant, held and exercised subject to its sovereign will."*

município no sistema constitucional norte-americano comparativamente com a de que os entes locais gozam no sistema brasileiro, bem como para buscar traçar as origens mediatas do regime municipal instaurado no Brasil em 1988, conforme se passa a demonstrar no tópico seguinte.

3. A recepção do *Home rule* pelo Direito Constitucional estadual do Rio Grande do Sul

Os municípios constituem a primeira estrutura representativa no território brasileiro, remontando ao período colonial e tendo aqui sido recepcionados por meio das Ordenações do Reino de Portugal. Foram regidos pelas Ordenações Filipinas até o advento do Império e da Lei de 1828, que passou a regular uniformemente os municípios brasileiros em todo o território nacional.[45]

No início da república, por inspiração no modelo norte-americano, a Constituição de 1891 parcamente tratou dos municípios[46], ficando a matéria relativa ao regime jurídico municipal relegada ao legislador estadual. Em função dessa opção do constituinte federal, de acordo com Oswaldo Trigueiro, dezoito dos vinte Estados originais teriam optado por adotar "leis orgânicas estaduais" para regular o governo local, [47] de modo que os municípios, na maioria dos Estados, passaram a ser regulados por uma lei estadual que substituiu a lei nacional de 1828.

A despeito disso, segundo aquele autor, dois Estados afastaram-se dessa tendência hegemônica no início da República, a saber, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Ambos em lugar de se adotar uma lei orgânica estadual uniforme para regular todos os seus municípios, teriam optado pelo que o autor denominou de "sistema de cartas", inspirado no *charter system* estadunidense examinado no tópico anterior [48], sistema que evidentemente prestigiava os municípios ao reconhecer-lhes o direito ao autogoverno.

---

[45] TRIGUEIRO, O., *op. cit.* Com efeito, a Constituição Imperial de 1824 previu em seu artigo 169 a edição, pela Assembleia Geral, de uma lei nacional para regular a organização e o funcionamento das municipalidades em todo o país, o que originou a Lei de 1º de outubro de 1828.

[46] Dedicou ao tema um único artigo, o de n. 68, que se limitava a estabelecer que os Estados organizar-se-iam de modo a assegurar a autonomia municipal "em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse".

[47] TRIGUEIRO, O., *op. cit.*

[48] TRIGUEIRO, O., *op. cit.* pp. 259-260.

Assim, de acordo com o magistério de Trigueiro, foi recepcionado no direito brasileiro, primeiramente em nível estadual, o *Home rule* ou a *Cooley Doctrine*.[49] A inspiração estadunidense da inovação feita pelos constituintes subnacionais daqueles dois Estados da recém-formada federação brasileira encontra-se também no magistério de Trigueiro:

> "O regime das cartas municipais, adotado pelo Rio Grande do Sul e por Santa Catarina, no início da República, inspirou-se em criação do direito americano. Em 1875, a Constituição do Missouri estabeleceu que qualquer cidade, com população superior a cem mil habitantes, podia elaborar uma Carta para seu próprio governo. Quatro anos depois a Califórnia instituiu franquia similar. Em 1889, o Estado de Washington outorgava essa faculdade a qualquer cidade com mais de vinte mil habitantes. De então até hoje o regime da chamada *home rule* estendeu-se a quase duas dezenas de Estados."[50]

Por conseguinte, segundo a literatura citada, o *Home rule* estadunidense teria sido o paradigma ou fonte de inspiração dos constituintes subnacionais dos dois Estados federados brasileiros que contemplaram a o sistema de cartas em seus textos constitucionais nos albores da república – o que é plausível, ademais, dada a conhecida influência do constitucionalismo estadunidense e suas instituições sobre o Direito Constitucional brasileiro do final do século XIX.[51]

Há que se mencionar, ainda, um aspecto profundamente relevante, a saber, que o Estado do Rio Grande do Sul manteve o sistema de cartas ininterruptamente

---

[49] Ensina aquele autor em obra clássica sobre o tema, que "A Constituição riograndense dispunha que cada Município era independente na gestão de seus interesses peculiares, com ampla faculdade de constituir e regular os seus serviços (art. 62 § 1º), e que, em sua primeira sessão, o Conselho devia elaborar a lei orgânica municipal (art. 64)." TRIGUEIRO, O., *id.* p. 260. O autor observa que a carta catarinense continha provisão similar, mas que regulava de forma extensiva o regime municipal em seus aspectos essenciais. Apesar de Trigueiro mencionar as cartas do início da república de ambos os Estados brasileiros, sem especificar se fazia referência às cartas de 1891 ou 1892, foi possível localizar disposição acerca das cartas municipais apenas na constituição gaúcha de 1891, artigo 64 e de 1892, art. 63, I. Houve certa dificuldade em localizar o texto original das cartas catarinenses de 1891 e 1892 e, nos documentos encontrados, disposição análoga à sul-rio-grandense não foi localizada até o momento. Hely Lopes Meirelles, por sua vez, menciona apenas a carta gaúcha como adotando o sistema de cartas municipais. MEIRELLES, H. L. **Direito Municipal Brasileiro.** 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 44-45.

[50] TRIGUEIRO, O. *op. cit.* p. 260-261, citando sua obra *O Regime dos Estados na União Americana*.

[51] Sobre isso, entre tantos, GARGARELLA, R. ***Latin American Constitutionalism 1810-2010:*** *The Engine Room of the Constitution.* Nova Iorque: Oxford University Press, 2013.

desde aquela carta inaugural [52] até a atualidade. De fato, compulsando-se as sucessivas cartas gaúchas anteriores a 1988 constata-se que a disposição contida no art. 64 da primeira constituição daquele Estado (1891) foi repetida nos textos de 1892 (art. 63, I), 1935 (art. 96), 1947 (art. 162), 1967 (art. 159 e 160) e 1970 (art. 143).

Com efeito, a Constituição gaúcha de 1891 consagrou seu Título III para o tema da organização municipal, prevendo a prerrogativa local de adoção de suas próprias leis fundamentais, no artigo 64 daquela primeira constituição estadual:

> "Art. 64 – Na sua primeira sessão, o conselho elaborará a lei organica municipal, que promulgada pelo intendente, regerá o município, e só poderá ser reformada sob proposta fundamentada do intendente ou em virtude de representação de dois terços dos eleitores municipaes. (...)."

Apesar da efemeridade daquela carta, a inovação por ela introduzida, ora em análise, não conheceu a mesma sorte, tendo se mantido na constituição gaúcha de 1892, que tratava das municipalidades em seu Título IV e que incorporou o direito à auto-organização por lei orgânica própria em seu artigo 63:

> "Art. 63 – De conformidade com a Constituição da União cada município é independente na gestão dos interesses que lhe são peculiares, respeitadas as atribuições do Estado, definidas nesta Constituição e observadas as prescrições seguintes:
> I – A suprema direção dos negócios locais em cada município cabe a um presidente e a uma câmara municipal, instituídos conforme preceituar a lei orgânica do município;
> (...)"[53]

Da mesma forma, a Constituição gaúcha de 1935, ao tratar da organização dos municípios em seu Título IV, no Capítulo XIV daquele, dedicado às "normas

---

[52] TRIGUEIRO, O., *id.* p. 260.
[53] A Lei orgânica era mencionada ainda no inciso II do mesmo artigo 63 da carta gaúcha de 1892, que estatuía caber àquela norma regular o processo legislativo municipal, e no inciso VI, que previa dever a lei orgânica assegurar aos munícipes o direito de manifestar-se, pelo voto ou por outros meios, sobre projetos de lei e reformas.

fundamentais", manteve a previsão da relevante prerrogativa de auto-organização do ente político local, voltando a prever expressamente, ainda, *entrenchment* consistente em seu caráter reforçado, por meio de procedimento supermajoritário ou, alternativamente, consulta popular:

> "Art. 96 – A lei orgânica do município será elaborada pela Câmara Municipal e promulgada pelo prefeito.
> § 1º – A lei orgânica sòmente poderá ser reformada com a aprovação de dois têrços, pelo menos, dos vereadores ou da maioria do eleitorado do município se, não obtida aquela aprovação, metade mais um dos membros da Câmara Municipal resolverem submetê-la a referendum.
> (...)".

Como se percebe, o sistema de leis orgânicas ou de cartas consolidou-se ao longo das cartas constitucionais daquele Estado, tendo sido mantida, ainda, sob Constituição gaúcha de 1947, cujo Título III tratava da matéria municipal, e cujo Capítulo IV, dedicado às leis e atos municipais, contemplava a capacidade de adoção autônoma de lei orgânica em seu artigo 162, que previa que a "lei orgânica, reformável pelo voto de dois terços dos componentes da Câmara Municipal, determinará o processo para a elaboração e promulgação das leis".[54]

Interessante observar, ainda, que mesmo nos períodos autoritários a norma seguiu sendo prevista em sede das cartas estaduais, a despeito das limitações que atingiam inclusive os municípios, notadamente as capitais, os municípios sedes de estâncias hidrominerais e, mais recentemente, os municípios considerados relevantes para a "segurança nacional."[55] Assim, mesmo a Constituição gaúcha de 1967 previu a importante prerrogativa da autoconstituição[56] em seus artigos 159

[54] O art. 154 inciso II da carta sul-rio-grandense de 1947 estabelecia constituir competência da Câmara Municipal votar e reformar as leis orgânicas.
[55] Com efeito, já sob a carta de 1934 (art. 13 § 1º) as capitais e os municípios sedes de estâncias hidrominerais tinham seus prefeitos nomeados, e não eleitos. A ordem constitucional de 1946 não eliminou esta excrescência (art. 28 § 1º), que foi agravada sob o regime ditatorial de 1964, com a inclusão da nova hipótese inspirada na doutrina da "segurança nacional" nas cartas de 1967 (art. 16 § 1º) e 1969 (art. 15 § 1º).
[56] MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional.** 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

("As leis municipais serão elaboradas na forma estabelecida pelas Leis Orgânicas, que observarão as normas desta Constituição, quanto à elaboração legislativa") e 160 ("A Lei Orgânica poderá ser emendada por proposta do Prefeito ou de uma quarta parte, no mínimo, dos membros da Câmara").[57]

Consigne-se, por fim, que a autonomia municipal para adotar sua lei fundamental continuou sob a Constituição gaúcha de 1970, que traçava as bases da organização municipal em seu Título II, cujo Capítulo I, intitulado "Dos Municípios", preconizava em seu artigo 143 que "os Municípios do Rio Grande do Sul regem-se pelas Leis Orgânicas e demais leis que adotarem, respeitados os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição."

Percebe-se, por conseguinte, uma tradição ininterrupta no Estado gaúcho quanto ao autogoverno municipal até o advento da redemocratização e, com ele, da Constituição de 1988, o que dá plausibilidade à tese da influência deste modelo, à época da Assembleia Constituinte de 1986-1988 já quase centenário, sobre o legislador constituinte.[58]

Resta evidente que o sistema de cartas era familiar aos constituintes em geral e, em particular, aos sul-rio-grandenses, e a própria terminologia adotada pelo constituinte ao final acaba por corroborar a influência do Direito Constitucional estadual gaúcho sobre o Direito Constitucional federal brasileiro, em um peculiar processo de difusão vertical-ascendente.[59]

---

[57] De acordo com o parágrafo único do art. 160 a emenda à lei orgânica seria aprovada por maioria absoluta em duas sessões. Tais normas encontravam-se encartadas no Título IV, intitulado "Da Organização Municipal", Capítulo III, nomeado "Das Leis e dos Atos Municipais".

[58] Na Constituição sul-rio-grandense de 1989 o preceito correspondente é o art. 8º. Tal nova Constituição gaúcha de 1989, Título II, intitulado "Da Organização do Estado", Capítulo II, intitulado "Dos Municípios".

[59] Na qual, como já mencionado, predomina a difusão *top-down*. Ver COUTO, C.G.; ABSHER-BELLON, L., *op. cit.* Esta é certamente uma das mais relevantes influências do Direito Constitucional subnacional sobre o federal na experiência brasileira. Um segundo caso peculiar de difusão vertical ascendente na história do constitucionalismo multinível brasileiro parece ser o do instituto das ações diretas de inconstitucionalidade estaduais tendo por objeto leis estaduais, igualmente federalizado pela carta de 1988 (art. 125 § 2º), a partir de instituições concebidas inicialmente pelo constituinte estadual. Com efeito, nem a EC n. 16/65 e nem as cartas de 1967 e 1969 previram ação diretas estaduais tendo por objeto direito estadual, apenas municipal. O instituto da representação de inconstitucionalidade estadual federalizado pelo § 2º do art. 125 possui antecedentes subnacionais, apesar de ter havido controvérsia sobre sua constitucionalidade antes de 1988, como recorda LEONCY, L. F., *op. cit.* pp. 45-46. Exemplo é a previsão pela Constituição do Estado de São Paulo de 1967, em seu artigo 53, inciso I, alínea "e", que estabelecia a competência originária do Tribunal de Justiça daquele Estado para o processo e julgamento das representações de inconstitucionalidade de leis estaduais e municipais propostas pelo Procurador Geral do Estado, em simetria com o modelo

4. A constitucionalização federal do autogoverno local: ensaio em 1934 e êxito em 1988

Primeiramente é interessante observar que a federalização do sistema de cartas ou leis orgânicas municipais elaboradas pelos próprios municípios já fora ensaiada anteriormente à constituinte de 1986-1988, conforme se constata ao examinar o Anteprojeto da Constituição de 1934. De fato, naquele anteprojeto o Título V era dedicado aos municípios, e nele o artigo 87, parágrafo 1º, previa a adoção, pelo próprio município, de uma *carta municipal*, embora reservasse este sistema às capitais e aos municípios com população e arrecadação mínimas que estabelecia, sujeitando referidas cartas, ainda, à aprovação do legislativo estadual:

> "Art. 87. Os Estados organizarão seus Municípios, assegurando-lhes por lei, e de acôrdo com o desenvolvimento econômico-social dos mesmos, um regime de autonomia em tudo quanto lhes disser respeito ao privativo interesse.
> § 1º Os Municípios com mais de dois mil contos de renda e cujas sedes tiverem mais de cincoenta mil habitantes, e os que forem capitais de Estado, terão carta municipal própria, de acordo com os princípios gerais estabelecidos pelas Assembléias Legislativas, e submetida ao seu *referendum*.(...)"[60]

Tal texto, ao final, não restou aprovado, mas indica um interessante antecedente à inovação que viria finalmente a prosperar, em nível federal, com o advento da Constituição Federal de 1988.[61]

Neste ponto outra informação de caráter histórico merece registro. Examinando-se o anteprojeto apresentado pela Subconstituição de Municípios e Regiões da Assembleia Nacional Constituinte de 1986-1988, constata-se que se

---

federal então vigente, criado, como é sabido, pela EC n. 16/65 (art. 101, inciso I, alínea "k", da Constituição de 1946), mas indo além do permissivo do inciso XIII do art. 124 da carta de 1946, acrescido pela referida emenda.

[60] POLETTI, R. **Constituições Brasileiras** Vol. III: 1934. Brasília: Senado Federal, 2018.

[61] O Município acabou por ser regido pelo art. 13 da Constituição de 1934, encartado no Título I, intitulado "Da Organização Federal", Capítulo I, dedicado às disposições gerais, segundo o qual a organização municipal deveria assegurar aos entes locais a autonomia, mas sem a previsão de adoção de suas próprias cartas e, ainda, com a previsão, no § 1º, da nomeação dos prefeitos das capitais e dos municípios sede de estâncias hidrominerais pelo governador do Estado.

propôs tanto na versão original quando na nova redação do referido anteprojeto a expressão *lei fundamental* para designar a norma básica regente dos municípios, por eles autonomamente adotada, conforme se depreende do texto do art. 6º *caput* da redação original e 7º *caput* da nova redação, cuja transcrição literal parece apropriada:

> "Art. 6º. O município reger-se-á por lei fundamental votada em dois turnos e aprovada pela maioria absoluta dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição e na Constituição do respectivo Estado, em especial os seguintes: (...)".[62]

Sabidamente preponderará na redação do art. 29 da Constituição Federal aprovada a expressão *lei orgânica* – de provável origem sul-rio-grandense, como visto[63] – mas o fato de o anteprojeto o utilizar a expressão *lei fundamental* constitui um indício importante sobre a concepção da natureza jurídica de tais normas que parecia difundir-se entre os constituintes – embora, sobre este ponto, naturalmente serem possíveis diferentes interpretações.

Com a aprovação do texto final da Constituição de 1988, optou o constituinte por um singular arranjo neofederalista ao incluir os municípios na federação – arts. 1º e 18 – e, ainda, por conferir a todos os municípios a capacidade de adotarem, por si sós, leis orgânicas próprias – art. 29 *caput* –, por procedimento legislativo agravado, conferindo-se-lhes, neste passo autonomia ímpar e sem precedentes na história constitucional brasileira, traduzida não apenas em autonomia administrativa e financeira, mas também em autonomia política em geral e, em particular, em uma genuína capacidade de auto-organização.[64]

---

[62] Sob a nova redação do anteprojeto, o *caput* transcrito permaneceu com sua literalidade inalterada, modificando-se apenas a numeração do artigo, que passou a ser o 7º. CHAVES, Aloysio. O Município e a Constituinte: relatório, parecer e anteprojetos da subcomissão de municípios e regiões. Belém: IEL, 2022.

[63] A expressão "lei orgânica" aparece literalmente em todas as cartas gaúchas anteriores a 1988 (1891, art. 64; 1892, art. 63, I; 1935, art. 95, *caput;* 1947, art. 151; 1967, art. 152, 1970; art. 143).

[64] "A característica fundamental da atual Carta é a ampliação da autonomia municipal no tríplice aspecto político, administrativo e financeiro, conforme estabelecido nos arts. 29-31, 156, 158 e 159, outorgando-lhe, inclusive, o poder de elaborar sua lei orgânica (*Carta Própria*), anteriormente adotada apenas pelo Estado do Rio Grande do Sul, desde a Lei Júlio de Castilhos, de 12.1.1897." MEIRELLES, H. L., *op. cit.* pp. 44-45.

Nesse passo, parece oportuno destacar, por constituir fato particularmente relevante, o elevado grau de similitude de regime jurídico conferido pelo constituinte aos Estados e ao Distrito Federal, de um lado, e aos municípios, de outro. Diversamente do que se verificou sob ordens constitucionais anteriores, que não raro limitavam-se a prever a autonomia municipal sem guarnecer o ente local de verdadeiras garantias de autonomia, a carta de 1988 conferiu às municipalidades tratamento muito similar ao dos demais entes federativos.

Com efeito, a autonomia conferida aos municípios para criarem suas próprias "leis fundamentais" é bastante similar à capacidade constituinte conferida aos Estados, ressalvada apenas a distinção terminológica, ao designar as primeiras de "leis orgânicas" e as segundas de constituições (arts. 29, *caput*, e 25 da CRFB/88, respectivamente), e a existência de requisitos procedimentais para os primeiros, inexistentes para os segundos.[65]

No mesmo passo, parece importante observar que tanto Estados e DF quanto municípios encontram-se sujeitos a uma *homogeneity clause*[66] bastante similar, devendo os primeiros observar "princípios" da Constituição Federal – abstratamente mencionados – e os últimos, além daqueles, também princípios da Constituição do Estado.

Em outros aspectos também se constata significativa similaridade de tratamento jurídico: tanto municípios quanto Estados e o DF são qualificados como autônomos (art. 18, *caput* CRFB/88), não estando sujeitos a intervenção federal ou estadual, salvo em casos taxativamente enumerados e de forma excepcional,

---

[65] Uma das poucas diferenças entre o regime jurídico de autonomia dos entes territoriais primários e secundários consiste no procedimento de reforma de suas leis básicas, cujo quorum, turnos e interstício é constitucionalmente preestabelecido pelos artigos 29 *caput* e 32 *caput* da CRFB/88 quanto aos municípios e Distrito Federal, diversamente do que se verifica quanto aos Estados, como se constata da leitura do art. 25 da constituição brasileira. Sobre o tema, SGARBOSSA, L.F.; IENSUE, G., *Stadluft cit*.

[66] Inconfundíveis que são as cláusulas de uniformidade ou homogeneidade, frequentes em Estados compostos em geral, com as cláusulas de supremacia, como observa Giacomo Delledonne. Quanto às primeiras, registra o autor que *"le clausole di omogeneità dovrebbero normalmente essere caratterizzate da un ogetto più limitato, inerente ad alcuni principi fondamentali dell'assetto costituzionale del livello federale che è necessario preservare anche nello spazio di autonomia riconosciuto al livello federato."* E, mais adiante: *"Le clausole di omogeneità, oltre a disciplinare i rapporti fra i* contenuti *degli assetti costituzionali dei livelli di governo – normalmente due – coinvolti, non mirano a realizzare una completa uniformità fra di essi, ma soltanto* un certo grado di conformità o di compatibilità." DELLEDONNE, G., *op. cit.* p. 48.

temporária e proporcional (arts. 34 a 36); municípios, assim como Estados, têm a integridade territorial assegurada de maneira similar (art. 18 §§ 3º e 4º CRFB/88), estão sujeitos às mesmas vedações (art. 19 CRFB/88), e a numerosas normas de pré-ordenação institucional (arts. 25, 27, 28, 29, 29-A, 30, 31 e 31 CRFB/88), participam da discriminação tributária e da repartição de receitas tributárias, entre outros numerosos pontos de semelhança.

Há, evidentemente, algumas diferenças e assimetrias de maior ou menor relevo, tal como, por exemplo, a bipartição de poderes municipais, discrepando da tripartição estadual e federal, com a consequente ausência de um judiciário local, ou, ainda, a vedação de criação de Tribunais ou Conselhos de Contas Municipais (CRFB/88, art. 30 §4º). De todo modo, preponderam fortemente as simetrias estatuídas pelo próprio constituinte, restando bastante evidente que a elevação do município a ente federativo pela atual carta constitucional não foi meramente simbólica, dada a similitude de regime jurídico com os demais entes.[67]

O quanto foi exposto no presente tópico evidencia a plausibilidade da recepção do sistema de cartas ou leis orgânicas gaúcho por ação do constituinte federal em 1988, a similitude de regime jurídico entre Estados, DF e municípios, que se desenvolveu por sucessivas cartas federais e culminou na atualmente vigente, e, como consequência, a posição ímpar ocupada pelo município no neofederalismo brasileiro tanto do ponto de vista das constituições federais precedentes quanto na perspectiva do Direito Constitucional Comparado.

Conclusões

Como se pode perceber e como apontado por vasta literatura internacional, os processos de difusão de modelos jurídicos – normas ou instituições – por meio de processos de recepção material provocados seja por imitação espontânea, seja por coerção, desempenham um papel de grande relevo na conformação dos sistemas

[67] A aplicação da metodologia proposta pela Teoria Dinâmica do Federalismo de Patricia Popelier aos entes subnacionais brasileiras corrobora esta impressão inicial, sendo muito similar para entes territoriais subnacionais primários e secundários. Sobre o tema, conferir SGARBOSSA, L. F.; IENSUE, G. *Stadtluft cit.* 2023.

jurídicos e constitucionais, não sendo exceção, evidentemente, o eclético sistema brasileiro.

No presente estudo, buscou-se evidenciar peculiar e atípico fenômeno de circulação *bottom-up* do sistema de cartas a partir do Direito Constitucional gaúcho para o sistema constitucional federal, ocorrido em 1988. Como se viu a partir de alguns exemplos do Direito Constitucional Comparado e da História Constitucional, a tese do experimentalismo democrático se revela plausível, especialmente a partir dos fenômenos de difusão horizontal ou vertical de modelos surgidos em nível subnacional, seja para outros entes subnacionais, seja para o direito federal ou até mesmo para o Direito Internacional.

Como se viu, diversas experiências constitucionais estrangeiras parecem confirmar a clássica tese dos federalistas e juscomparatistas, uma vez que instituições como o *recall* californiano, o amparo yucateca e o *Verfassungsbeschwerde* bávaro foram, todos, instituições surgidas em nível municipal ou Estadual e, posteriormente, exportados amplamente, interna e internacionalmente, em alguns casos.

Tais experiências oriundas do constitucionalismo subnacionais são ilustrações veementes das potencialidades da inovação subnacional e, por conseguinte, depõem em favor de um sistema de significativa autonomia subnacional, seja ele federal ou parafederal, que confira o mais amplo espaço possível ao *self rule* e ao constitucionalismo subnacional.

O desenvolvimento histórico do sistema gaúcho de cartas ou leis orgânicas municipais não apenas corrobora aquela tese, evidenciando o modo como uma instituição longamente amadurecida em uma tradição subnacional revela-se capaz ultrapassar os limites territoriais que originalmente a confinam e atingir algumas ou todas as outras unidades federativas, seja por processo de imitação, seja por um processo de federalização constitucional.

Tanto a literatura consultada quanto os documentos constitucionais e legislativos compulsados para a elaboração deste trabalho corroboram fortemente a hipótese de que o *Brazilian Home Rule* federalizado nos artigos 1º, 18 e 29 da Constituição Federal de 1988 encontra suas raízes na tradição constitucional

gaúcha, onde foi mantido, consistentemente, desde a primeira carta estadual de 1891 até a carta sul-rio-grandense de 1989.

O singular caso das cartas ou leis orgânicas municipais evidencia ainda que mesmo em experiências federais particularmente atribuladas por numerosas vicissitudes – o federalismo intermitente de que fala Trigueiro – e, ainda, com uma tendência elevada à centralização e uniformização, seriam capazes de gerar instituições jurídico-políticas bem-sucedidas, inclusive passíveis de disseminação por meio de processos vertical-ascendentes de difusão, atípicos nestes sistemas, como visto.

Esse mesmo fato histórico corrobora, ainda, a importância dos processos de circulação de modelos e recepção de direito oriundo de experiências constitucionais estrangeiras, na medida em que o referido sistema parece remontar, como aponta a literatura existente, ao *charter system* estadunidense.

O caso do sistema de leis orgânicas adotado no arranjo neofederalista brasileiro que resultou do processo constituinte de 1986-1988 é particularmente interessante por ilustrar uma instituição de origem estrangeira recepcionada pelo direito constitucional subnacional brasileiro e, depois de tentativas malfadadas – notadamente a do anteprojeto à Constituição de 1934 – acabaram por ser constitucionalizadas em nível federal, gerando inclusive um federalismo ímpar e dotando as municipalidades de uma autonomia sem paralelo conhecido no Direito Comparado.

Referências

BONAVIDES, P. **História Constitucional dos Estados Brasileiros.** São Paulo: Malheiros, 2014.

CALIMAN, A. A. **O *recall* no Estado de São Paulo**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 42, n. 165, jan./mar. 2005, pp. 197-203.

CHAVES, Aloysio. O Município e a Constituinte: relatório, parecer e anteprojetos da subcomissão de municípios e regiões. Belém: IEL, 2022.

CAPPELLETTI, M. ***La Jurisdicción Constitucional de la Liberdad.*** Trad. Hector Fix Zamudio. Cidade do México: Imprenta Universitaria, 1961.

COUTO, C. G.; G. L. ABSHER-BELLON . Imitação ou coerção? Constituições estaduais e centralização federativa no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 52 n. 2, pp. 321-344, mar.-abr. 2018.

DELLEDONNE, G. ***L'Omogeneità Costituzionale Negli Ordinamenti Composti.*** Nápoles: Editoriale Scientifica, 2017.

FAIRÉN GUILLEN, V. ***Antecedentes Aragoneses de Los Juicios de Amparo.*** Cidade do México: UNAM, 1971.

FRUG, G. E. *The City As a Legal Concept.* ***Harvard Law Review,*** v. 93, n. 6, abr./1980, pp. 1057-1154.

GARGARELLA, R. ***Latin American Constitutionalism 1810-2010:*** *The Engine Room of the Constitution.* Nova Iorque: Oxford University Press, 2013.

IENSUE, G.; SGARBOSSA, L. F. Democracia e responsabilidade: breve análise dos instrumentos de responsabilização política das democracias contemporâneas. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 17, n. 70, pp. 145-173, out./dez. 2017.

LEONCY, L. F. **Controle de Constitucionalidade Estadual:** As normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, G. F. Evolução do Direito Constitucional Brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, a. 32, n. 126, pp. 87-102, abr./jun. 1995.

MENDES, G. F. **Jurisdição Constitucional:** o Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional.** 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEIRELLES, H. L. **Direito Municipal Brasileiro.** 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo I: O Estado e os Sistemas Constitucionais. Coimbra: Coimbra, 2003.

PINTO, F. R. M. A Constituição castilhista de 1891 e a fundação do constitucionalismo autoritário republicano. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 118, pp. 245-292, jan./jun. 2019.

PIRES, T. M. **Curso de Direito Constitucional Estadual e Distrital:** a organização dos Estados e do Distrito Federal no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

POLETTI, R. **Constituições Brasileiras** Vol. III: 1934. Brasília: Senado Federal, 2018.

POPELIER, P. ***Dynamic Federalism:*** *A New Theory for Cohesion and Regional Autonomy.* Abingdon: Routledge, 2021.

ROSANVALLON, P. ***La Contrademocracia:*** *La Politica en la era de la desconfianza.* Trad. Gabriel Zadunaisky. Buenos Aires: Manantial, 2007.

SARLET, I. W.; GODOY, A. S. M. **História Constitucional da Alemanha:** Da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental. Porto Alegre: Editora da Fundação Fênix, 2021.

SARLET, I. W.; SGARBOSSA, L. F. Direitos e garantias fundamentais estaduais: um olhar sobre a Alemanha e os Estados Unidos da América. *In:* SGARBOSSA, L.F.;

ARAÚJO, M. L. C. de. **Direitos Fundamentais Estaduais e constitucionalismo subnacional.** Recife: Editora Publius, 2022, pp. 15-78.

SCHWABE, J. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Trad. Beatriz Hennig *et al.* Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SGARBOSSA, L. F. Estado federal e pluralismo constitucional: Direito Constitucional estadual e experimentalismo democrático. *In:*BOLONHA, C.; LIZIERO, L.; SEPÚLVEDA, A. (orgs.). **Federalismo:** desafios contemporâneos. Porto Alegre: Editora Fi, 2019, pp. 53-72.

SGARBOSSA, L. F.; BITTENCOURT, L. C. Iniciativa Popular estadual no Brasil: panorama comparativo dos 26 Estados e do Distrito Federal. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**, Londrina, v. 5, n. 1, pp. 45-70, jan./jul. 2020.

SGARBOSSA, L. F.; IENSUE, G. Normas constitucionais inconstitucionais na Federação brasileira: limites do controle abstrato estadual de constitucionalidade de acordo com a jurisprudência do STF. *In:* CAZZARO, K. **Reflexões Teóricas sobre Direito Material e Processual.** Blumenau: Legere/Nova Letra, 2014, pp. 375-406.

SGARBOSSA, L. F.; SILVA, I. C. Emendas às Constituições Estaduais no Brasil: panorama comparativo das 27 subconstituições brasileiras quanto à emendabilidade. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional,** Curitiba, 2020, vol. 13, n. 23, pp. 119-164, jul./dez. 2020.

SGARBOSSA L. F.; IENSUE, G. Circulação de modelos, direitos e garantias fundamentais: o caso do "Amparo" mexicano. ***Revista Opinión Jurídica***, Medelín, vol. 16, núm. 32, 2017, Julho-Dezembro, pp. 155-168.

SGARBOSSA, L. F.; IENSUE, G. **Direito Constitucional em Perspectiva Comparativa:** Os Sistemas Constitucionais e a Jurisdição Constitucional. Curitiba: Instituto Memória, 2019.

SGARBOSSA, L. F.; IENSUE, G. *Stadtluft macht Frei:* O Neofederalismo, o *Home Rule* brasileiro e a plausibilidade de um Direito Constitucional Municipal no Brasil. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2023** (prelo).

SOUZA R. R. M.; VIEIRA, J. R. *Recall*, democracia direta e estabilidade institucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 51, n. 202, abr./jun. 2014, pp. 43-57.

TOMIO, F. R. L., ROBL FILHO, I. N. *Empirical Legal Research*: Teoria e Metodologia para uma Abordagem do Processo Decisório de Controle de Constitucionalidade no STF. *In:* **Direito e Experiências Jurídicas:** Debates práticos. SIQUEIRA, G. S.,

VESTENA, C. A. Volume II. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 96-117.

TOMIO, F. R. L.; ROBL FILHO, I. N.; KANAYAMA, R. L. Constitucionalismo estadual e controle abstrato e concentrado de constitucionalidade nos Tribunais de Justiça: efeitos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) estaduais na federação brasileira. **Revista de Direito Brasileira**, ano 5, vol. 12, 2015, pp. 87-110.

TRIGUEIRO, O. **Direito Constitucional Estadual.** Rio de Janeiro: Forense, 1980.

18. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, IMPRENSA E MÍDIAS SOCIAIS: JURISPRUDÊNCIA, DIREITO COMPARADO E NOVOS DESAFIOS[1]

 https://doi.org/10.36592/9786554600668-18

Luís Roberto Barroso[2-3]

SUMÁRIO

NOTA PRÉVIA

O querido amigo Ingo Wolfgang Sarlet, figura de destaque no campo do Direito Constitucional, merece ser homenageado em grande estilo nesta coletânea de comemoração aos seus 60 anos. Com uma mente brilhante e um profundo compromisso com os direitos fundamentais, o professor Ingo tem se dedicado incansavelmente a promover a salvaguarda dos direitos humanos em suas diversas manifestações. Sua postura ética e comprometida com a igualdade e a justiça social

---

[1] Texto originalmente publicado na Revista Jurídica da Presidência. Cf: BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, imprensa e mídias sociais: jurisprudência, direito comparado e novos desafios. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 25, n. 135, p. 20-48, jan./abr., 2023.

[2] Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Ministro do Supremo Tribunal Federal.

[3] Este tópico se beneficia, especialmente, da minha interlocução com Aline Osório e Luna van Brussel Barroso e de seus livros: OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017; e BARROSO, Luna van Brussel. *Liberdade de expressão e democracia na era digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. V. tb., em meio a vasta literatura, CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão*: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. São Paulo: FGV, 2022; POST, Robert. *Constitutional Domains*: Democracy, Community, Management. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995.

serve de exemplo para todos que buscam um mundo mais inclusivo e respeitoso. Seu incansável trabalho como professor e pesquisador tem impactado positivamente gerações de estudantes, acadêmicos e demais profissionais do direito, moldando suas perspectivas e instigando-os a lutar pelos princípios da liberdade e da dignidade humana.

Dentre os inúmeros temas de direitos fundamentais explorados pelo professor, a liberdade de expressão – tema do artigo que se segue – ocupa lugar de destaque. Sempre atento às transformações e assuntos controversos do momento, o autor tem se dedicado a estudar as discussões que envolvem a liberdade de expressão, a democracia e a regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. Destaco, nesse sentido, as seguintes passagens do autor, que dialogam com alguns dos temas que serão desenvolvidos no presente artigo:

> “Nesse contexto, o discurso do ódio (assim como o fenômeno – em parte correlato – das fake news, da desinformação) acirra sectarismos, instila a divisão social, gera níveis preocupantes de instabilidade política e mesmo representa, cada vez mais, ameaças concretas para a democracia. Para tanto, basta lançar um olhar sobre o avanço dos extremismos e radicalizações sociais e políticas em todo Mundo, inclusive – e, para o nosso efeito – em especial na Alemanha, Europa e no Brasil, onde se verificam níveis maiores de populismo, ademais de uma ampliação dos movimentos de natureza neofascista, dentre outros.
>
> Na perspectiva do Direito, um dos principais desafios segue sendo o de buscar assegurar um equilíbrio entre o exercício pleno da liberdade de expressão nas suas mais diversas dimensões, por um lado, e a necessária proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade, por outro, mas também o de operar como instrumento para a afirmação, do pondo de vista transindividual, de um ambiente com níveis satisfatórios de tolerância e reconhecimento. Sem isso, o próprio Estado Democrático de Direito, necessariamente livre, plural e igualitário, estará em risco. Não é à toa, que Frank Michelman, sublinha que a relação entre democracia e liberdade de expressão é de um recíproco condicionamento e assume um caráter complementar, dialético e dinâmico, de modo que, embora mais democracia possa muitas vezes significar mais liberdade de expressão e vice-versa (mais liberdade de expressão

> indica mais democracia), também é correto que a liberdade de expressão pode acarretar riscos para a democracia e que, por sua vez, pode comprometer a liberdade de expressão"[4].

Neste momento em que celebramos seus 60 anos, expresso minha profunda admiração pelo professor Ingo Sarlet. Sua dedicação incansável à promoção dos direitos fundamentais tem deixado uma marca indelével na comunidade jurídica e além dela. Que sua sabedoria continue a inspirar e capacitar aqueles que buscam construir um mundo mais justo.

I. Generalidades

1. A comunicação humana

Há cerca de 70 mil anos, com a Revolução Cognitiva, desenvolveu-se um dos traços essenciais que singularizam a condição humana: a comunicação, a linguagem, a capacidade de transmitir informação, conhecimento e ideias. Ao longo dos séculos, a comunicação social percorreu uma longa trajetória, que se iniciou com inscrições e desenhos em cavernas, sinais de fumaça e tambores, e que teve como marco transformador a invenção da escrita, entre 3.500 e 3.000 a. C. Até então, obras emblemáticas da história da humanidade, como a Bíblia Hebraica, a Ilíada grega, o Mahabarata indiano e as primeiras escrituras budistas passaram de geração para geração como narrativas orais[5].

Com o avanço da ciência, a comunicação humana beneficiou-se de inventos cada vez mais sofisticados, como a imprensa, o telefone, o rádio, a televisão aberta e a TV a cabo, até chegar aos computadores conectados em rede mundial. Vivemos a era da convergência de mídias – rádio, TV, jornais, *sites* de notícias – concentrados em uma mesma plataforma, acessível por computador, celular ou *tablet* –, do *streaming* e das redes sociais. Tudo é novo apenas temporariamente. Desde o início

---

[4] SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de Expressão e o Problema da Regulação do Discurso do Ódio nas Mídias Sociais. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019.
[5] HARARI, Yuval Noah. *Sapiens*. N. York: HarperCollins, 2015, p. 122.

dos tempos, a liberdade de expressão sempre foi o tormento dos donos do poder: do poder político, do poder econômico e do poder religioso. Uma conquista obtida lenta e paulatinamente no curso da história.

2. A liberdade de expressão no Brasil: o passado condena

A censura no Brasil vem de longe. O primeiro documento a sofrê-la foi a carta de Pero Vaz de Caminha, considerada a certidão de nascimento do que viria a ser um dia o Brasil. Nela, Caminha, escrivão da frota de Cabral, descrevia para o rei D. Manuel as índias nativas, com "suas vergonhas tão nuas". A carta ficou esquecida por mais de dois séculos na Torre do Tombo, em Lisboa, até vir a ser divulgada pelo padre Manuel Aires do Casal. O padre, no entanto, cortou-lhe alguns trechos, que considerou "indecorosos"[6]. Após a vinda da família real portuguesa para o Rio de Janeiro, em 1808, foi criada a Imprensa Régia, à qual incumbia publicar a documentação oficial, obras e livros. Cabia a uma Junta Diretora examinar previamente tudo o que seria publicado, sendo vedada a impressão de "papeis e livros cujo conteúdo contrariasse o governo, a religião e os bons costumes"[7].

Dando um salto no tempo, já no Estado Novo, de Getúlio Vargas, foi criado o Departamento de Imprensa e Propaganda, em dezembro de 1939. Entre seus objetivos estava "fazer a censura do teatro, do cinema, das funções recreativas e esportivas, da radiodifusão, da literatura social e política e da imprensa". Alguns anos antes, mas já sob a ditadura de Vargas, teria ocorrido um episódio que entrou para o folclore da luta pela liberdade de expressão no Brasil. O jornalista e humorista Apparício Torelly, o Barão de Itararé, fundador do Jornal do Povo, foi sequestrado na sede de sua publicação e espancado em razão de uma série de matérias que vinha publicando. De volta à redação, de onde fora arrancado à força, teria afixado na porta a tabuleta: "Entre sem bater".

O período mais recente de censura generalizada se deu sob a ditadura militar, entre 1964 e 1985, especialmente durante a vigência do Ato Institucional nº 5 (1968-

---

[6] BUENO, Eduardo. *Brasil*: uma história. São Paulo: Ática, 2003, p. 33.

[7] SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Helosa M. *Brasil*: uma biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 183.

1978). O cerceamento à liberdade de expressão recaiu sobre múltiplos domínios da vida intelectual e cultural brasileira:

a) na *imprensa escrita*, (i) os jornais eram submetidos a censura prévia e, diante do corte dos censores, que se instalavam dentro das redações, viam-se na contingência de deixar espaços em branco ou de publicar poesias e receitas de bolo; (ii) apreendiam-se jornais e revistas por motivos políticos (como *Opinião* e *Pasquim*) ou de "moralidade" (*Ele & Ela*); e (iii) boicotava-se a publicidade dos jornais que não se curvavam ao governo, para asfixiá-los economicamente (*Correio da Manhã*);

b) na *música*, as letras das canções tinham que ser previamente submetidas à Divisão de Censura e Diversões Públicas. Havia artistas malditos, que não podiam gravar ou aparecer na TV, e outros que só conseguiam aprovar suas músicas mediante pseudônimo. Vivia-se um país nas entrelinhas e nas sutilezas. A música *Apesar de você*, de Chico Buarque, chegou a ser liberada, até que alguém se deu conta de que podia haver um protesto embutido em seus versos;

c) no *cinema*, filmes eram proibidos, exibidos com cortes ou projetados com tarjas que perseguiam seios e órgãos genitais, como ocorreu com o drama *Laranja Mecânica*;

d) nas *artes*, a peça *Roda Viva*, também de Chico Buarque, teve o teatro invadido e os atores agredidos por um grupo paramilitar, sendo logo em seguida proibida sua encenação em todo o território nacional. O *Ballet Bolshoi* foi impedido de se apresentar no Teatro Municipal, no Rio de Janeiro, sob a abstrusa invocação de que constituiria propaganda comunista;

e) na *televisão*, festivais da canção foram vítimas de intervenção governamental, todos os programas, salvo os ao vivo, eram previamente submetidos a exame por censores e a telenovela *Roque Santeiro*, na sua primeira versão, foi integralmente vetada para exibição.

O jornalista e escritor Zuenir Ventura fez um levantamento de que, durante os dez anos de vigência do AI-5, cerca de 500 filmes, 450 peças, 200 livros e mais de 500 letras de música sofreram veto[8]. O ápice do obscurantismo foi a proibição da

---

[8] VENTURA, Zuenir. *1968*: o ano que não terminou, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988, p. 285-86; e BERNARDO, André. *Quais obras foram censuradas na ditadura?* Superinteressante, 14 fev. 2020. Disponível em: https://super.abril.com.br/mundo-estranho/quais-obras-foram-censuradas-na-ditadura. Acesso em: 03 jul. 2023.

divulgação de um surto de meningite ocorrido no país. Impediu-se a reação adequada à epidemia, em nome da proteção da imagem do Brasil Grande.

Desde a Independência, todas as Constituições brasileiras, a começar pela de 1824, asseguraram a liberdade de expressão. Desafortunadamente, sempre houve larga distância entre intenção e gesto, num dramático desencontro entre o discurso oficial e o comportamento dos governos. Em nome da segurança nacional, da moral, dos bons costumes, da família e de outros pretextos, sempre foram cerceadas a imprensa, as artes e a literatura. No Brasil, como em todo o mundo, a censura sempre oscila entre o arbítrio, o capricho, o preconceito e o ridículo. Assim é porque sempre foi.

II. Liberdade de expressão na Constituição de 1988

É comum dizer-se que uma nova Constituição é uma reação ao passado e um compromisso para o futuro. Como visto, no tópico anterior, uma das marcas do regime militar foi o longo período de censura à liberdade de expressão em suas diferentes modalidades, aí incluídas a liberdade de imprensa e de criação artística. Não por outra razão, o texto constitucional de 1988 foi verdadeiramente obsessivo ao tratar da matéria, o que fez em uma pluralidade de dispositivos, transcritos acima. Em lugar de assegurar a liberdade de expressão genericamente, vedando a censura e outras intervenções estatais, a Constituição consagrou diversas normas específicas ao tema.

De fato, extrai-se do art. 5º da Constituição, dedicado aos direitos e deveres individuais e coletivos, o seguinte regime jurídico: (i) a livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (inciso IV); (ii) a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (inciso IX); e (iii) o direito de acesso à informação (inciso XIV). Para conter abusos, prevê, também, (iv) o direito de resposta, proporcional ao agravo, e a indenização em caso de dano (inciso V), bem como a (v) inviolabilidade da privacidade, da honra e da imagem, igualmente indenizáveis em caso de violação (inciso X). Mais à frente, no capítulo dedicado à comunicação social, o art. 220 proíbe qualquer restrição à manifestação do pensamento, criação, expressão e informação,

sob qualquer forma, processo ou veículo. Nessa linha, estabelece que nenhuma lei poderá constituir embaraço à liberdade jornalística (§ 1º), veda qualquer censura de natureza política, ideológica ou artística (§ 2º) e dispensa qualquer tipo de licença da autoridade para a publicação de veículo impresso (§ 6º). O tratamento da matéria, como se vê, foi exaustivo.

Desse conjunto normativo se extraem algumas constatações relevantes. Uma delas é que a Constituição atribui à liberdade de expressão uma dupla dimensão: i) a individual, que identifica o direito de toda pessoa se manifestar livremente, sem interferências indevidas, como corolário da sua dignidade humana e de sua autonomia individual; e (ii) a coletiva, que traduz o direito do conjunto da sociedade de ter acesso à informação e às manifestações de terceiros[9]. Também merece destaque o fato de que, sob o rótulo genérico de liberdade de expressão, a Constituição abriga termos e conteúdos diversos, que incluem:

a) a *liberdade de expressão propriamente dita*, que corresponde ao direito de qualquer pessoa manifestar o seu pensamento, isto é, suas ideias, opiniões e juízos de valor sobre pessoas e fatos;

b) o *direito à informação*, que identifica (i) o direito individual de ter acesso aos fatos[10], (ii) o direito individual de comunicar fatos e (iii) o direito difuso da sociedade de ser informada dos acontecimentos; e

c) a *liberdade de imprensa*, que significa o direito dos meios de comunicação de informarem e opinarem sobre os fatos da vida do país.

A liberdade de expressão, em todos os seus conteúdos, merece proteção especial na Constituição da maior parte dos países democráticos, por motivos de elevada relevância social, moral e política, especialmente por ser ela essencial para[11]:

---

[9] V. BARROSO, Luna van Brussel. *Liberdade de expressão e democracia na era digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 73-74.

[10] A esse propósito, v. CF, art. 5º: "XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado"; e "XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal"

[11] Essa sistematização vem do direito norte-americano, mas é reconhecida amplamente em outras jurisdições. V. OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 54; SCHAUER, Frederick. *Free Speech*: a Philosophical Enquiry. Cambridge: Cambridge University Press, 1982. p. 15-72; e BARROSO, Luna van Brussel. *Liberdade de expressão e democracia na era digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 46 e s.

a) a *busca da verdade possível*, numa sociedade aberta e plural, que comporta múltiplas visões, mas que não deve desprezar a boa-fé objetiva;

b) *a dignidade humana e a autonomia individual*, como expressão da personalidade de cada pessoa e de sua relação com o mundo à sua volta; e

c) a *democracia*, por permitir a livre circulação de informações, ideias e opiniões.

A liberdade de expressão é muitas vezes referida como uma liberdade preferencial, doutrina desenvolvida na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos[12] e muitas vezes invocada por tribunais de outros países, inclusive o Brasil[13]. A justificativa para esse ponto de vista repousa no fato de ser a liberdade de expressão pressuposto para o exercício de outros direitos fundamentais, inclusive e sobretudo os de natureza política, como o direito de votar e de participar de maneira informada e esclarecida do debate público[14]. Além de ser indispensável para o registro da história e da cultura de um povo. A ideia de um direito preferencial, como

---

[12] Essa foi uma tese desenvolvida na jurisprudência constitucional da Suprema Corte dos Estados Unidos e que prevaleceu ao longo do século XX. O status preferencial da liberdade de expressão no direito norte-americano teve seu surgimento ligado à famosa nota de rodapé nº 4 do voto proferido pelo Justice Stone, no caso United States v. Carolene Products Co. (1938), e foi posteriormente desenvolvido e articulado em uma série de casos, como Jones v. Opelika (1942), Murdock v. Pennsylvania (1943) e Thomas v. Collins (1945). Atualmente, há dúvida se ela ainda desfruta do apoio da maioria do Tribunal. V. PACELLE JR., Richard L. *Preferred position doctrine*. The First Amendment Encyclopedia. Disponível em https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1008/preferred-positiondoctrine. Acesso em 10 jul. 2022.

[13] V. BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 5/297*, 2005. Na mesma linha, FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos* – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Imprenta, 2000, p. 167; e BARROSO, Porfirio; TALAVERA, María del Mar López. *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*. Madrid: Fragua, 1998, p. 48. Em sentido diverso, v. SARLET, Ingo Wolfgang; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Estado Democrático de Direito e os limites da liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos de personalidade. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* 8/112, 2016, p. 121-122: "Muito embora se afirme que no Brasil a teoria da posição preferencial é adotada, a qual se encontra consagrada pelo STF quando do julgamento da ADPF n. 130, essa teoria, em geral, é aplicada de forma tímida, não sendo, de outra parte, reconhecida majoritariamente na Alemanha e em geral na Europa, onde a liberdade de expressão não assume uma prévia posição preferencial na arquitetura dos direitos fundamentais".

[14] 2 V. Luís Roberto Barroso, voto na ADI 4.815. E tb.: OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 65, com referências a: (i) Corte IDH. Caso Claude Reyes et al. v. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 19 de setembro de 2006. Serie C nº 151; (ii) Comitê de Direitos Humanos da ONU. Observação geral nº 34, art. 19. CCPR/C/GC.34. 12 de setembro de 2011; (iii) CIDH. Informe nº 130/99. Caso nº 11.740. Víctor Manuel Oropeza. México. 19 de novembro de 1999.

pessoalmente já defendi em sede doutrinária e jurisprudencial, não significa uma hierarquização em relação a outros direitos – como parece ter sido a posição de *Justices* americanos como Oliver Wendel Holmes e Benjamin Cardozo[15] –, mas uma espécie de primazia *prima facie*, vale dizer: o ônus argumentativo para sua superação normalmente recairá sobre a parte que defende o direito contraposto. Esse tratamento preferencial é reforçado pelo histórico de censura que marcou a experiência política brasileira.

Cabe apenas reiterar que o fato de ser uma liberdade preferencial não significa que a liberdade de expressão seja um direito absoluto ou sem limites. Do texto constitucional se extraem restrições que protegem outros direitos ou valores fundamentais, prevendo-se, assim, a vedação do anonimato (art. 5º, IV), o direito de resposta e o direito de indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, V), a proteção à privacidade e à honra (art. 5º, X), restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e terapias (art. 220, § 4º) e a proteção da criança, do adolescente e do jovem (art. 21, XVI e art. 227). Nada obstante, pelas razões expostas até aqui, a Constituição brasileira trata como excepcional a possibilidade de proibição prévia da divulgação de conteúdos, a ser determinada por decisão judicial, nas situações raras em que não seja possível a composição posterior do dano. Como regra geral, as consequências em casos de abuso devem incluir a retificação, a retratação, o direito de resposta, a responsabilização civil, com pagamento de indenização e, eventualmente, nos casos mais graves, a responsabilização penal, como nos crimes contra a honra[16] ou contra o Estado democrático de direito[17].

---

[15] Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937)

[16] Os crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria) estão tipificados nos arts. 138, 139 e 140 do Código Penal, respectivamente.

[17] A Lei n. 14.197, de 1.09.2021, revogou a antiga Lei de Segurança Nacional (Lei n. 7.170, de 14.12.1983) e acrescentou à Parte Especial do Código Penal o Título XII, relativo aos Crimes contra o Estado de Direito Democrático.

III. Liberdade de expressão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal tem um conjunto amplo de decisões em matéria de liberdade de expressão, sendo que a maior parte de suas intervenções foi no sentido de assegurá-la e de ampliá-la. A seguir uma seleção dos principais julgados do Tribunal em temas de liberdade de imprensa, discursos de ódio, liberdade de expressão artística e intelectual, direito ao esquecimento, manifestação do pensamento e ataques às instituições democráticas:

1. Liberdade de imprensa

a) *Não recepção da Lei de Imprensa do Regime Militar* (ADPF n. 130)[18]. Em julgamento emblemático de 2009, a Lei n. 5.250, de 1967, foi considerada não recepcionada pela Constituição de 1988, por "incompatibilidade material insuperável". A referida lei, que regulava "a manifestação do pensamento e de informação", fora editada durante o período de acirramento ditatorial que antecedeu a edição do Ato Institucional n. 5, em 1968. Embora o acórdão relatado pelo Ministro Carlos Ayres não tenha utilizado a expressão "liberdade preferencial", tal posição especial da liberdade de imprensa resulta claramente do seu teor[19]. É importante observar, nessa linha, que a decisão nesta ADPF n. 130 tem servido de base para dezenas de decisões do STF, proferidas em reclamações, suspendendo sentenças e acórdãos que indevidamente interferiram com a liberdade de expressão[20].

---

[18] STF, ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, j. 30.04.2009.

[19] Na ementa do acórdão lê-se textualmente: "[O]u seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado...".

[20] E.g. STF, Rcl 18638 (medida cautelar), Rel. Luís Roberto Barroso, j. 17.09.2014: "Direito Constitucional. Reclamação. Liberdade de expressão. Retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico por decisão judicial. 1. No julgamento da ADPF 130, o STF proibiu a censura de publicações jornalísticas e tornou excepcional qualquer tipo de intervenção estatal na divulgação de notícias e de opiniões. 2. A liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial no Estado democrático brasileiro, por ser uma pré-condição para o exercício esclarecido dos demais direitos e liberdades. 3. O uso abusivo da liberdade de expressão deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização. Ao determinar a retirada de postagem de rede social, a decisão reclamada violou essa orientação. 4. Reclamação cujo pedido se julga procedente".

b) *Não recepção da exigência de diploma de jornalista* (RE 511.961)[21]. O Tribunal considerou incompatível com a Constituição de 1988 a exigência de diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista, bem como da criação de conselho profissional para fiscalização da profissão. Ambas as previsões, contidas no Decreto-Lei n. 972/1969 – tanto quanto ao diploma, quanto à criação de um órgão de fiscalização – impõem restrição indevida ao exercício da liberdade jornalística, em contrariedade ao art. 220, § 1º, da Constituição. De acordo com o acórdão, "[o] exercício do poder de polícia do Estado é vedado nesse campo em que imperam as liberdades de expressão e de informação".

c) *Liberdade de crítica contundente* (AI n. 690.841)[22]. A crítica dura a pessoas públicas, mesmo que grosseira ou injusta, não deve, como regra, sofrer limitações. No caso, imputava-se "desmandos financeiros" a um servidor da Petrobras. A decisão da Segunda Turma, relatada pelo Min. Celso de Mello, deixou assentado que a crítica "mordaz, irônica ou até impiedosa" a figura pública, investida ou não de autoridade governamental, qualifica-se como "excludente anímica" apta a afastar o dolo de ofender[23].

2. Discursos de ódio[24]

a) *Antissemitismo* (HC 82.424)[25]. Conhecido como *Caso Ellwanger*, este julgamento consistiu em um importante precedente contra os discursos de ódio. Por maioria, o Tribunal entendeu que "escrever, editar, divulgar e comerciar livros fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade" previstas na Constituição (art. 5º, XLII). Negando a existência de raças, em sentido científico, o acórdão reconheceu o racismo, no entanto, como um

---

[21] STF, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 12 nov. 2009.
[22] STF, AI 690.841, Rel. Min. Celso de Mello, j. 21.06.2011.
[23] Um mau momento do tribunal, nessa temática, foi a censura imposta à Revista Eletrônica Crusoé, em 2019. A decisão, todavia, foi revogada dias depois, quando esclarecida situação de fato que induzira o relator em erro.
[24] Sobre esse tema, v. Daniel Sarmento, *A liberdade de expressão e o problema do "hate speech"*, in Livres e iguais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 207-262.
[25] STF, HC 82.424, red. p/ ac. Min. Maurício Corrêa, DJ 19 mar. 2004. Votaram vencidos os Ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio.

comportamento político-social destinado a inferiorizar e desqualificar determinados povos. E, como consequência, punível na forma da Lei n. 7.716/1989, que define os crimes resultantes de preconceito ou de cor. Em suma: não é protegida pela liberdade de expressão a edição de obras antissemitas, que reproduzem crenças nazistas sobre os judeus e negam fatos históricos incontroversos como o holocausto.

b) *Homofobia* (ADO n. 26)[26]. Foi simbolicamente marcante a decisão que criminalizou a homofobia e a transfobia, em voto histórico do Ministro Celso de Mello. Na avaliação dessa decisão, é importante considerar que o Brasil é considerado o país em que se registra o maior número de assassinatos de transexuais no mundo[27]. O Tribunal reconheceu a mora do Congresso Nacional em cumprir o mandado de criminalização contido no art. 5º, XLI, da Constituição, que determina que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. O que, naturalmente, inclui atos de violência física e psicológica praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero da vítima. Como consequência, a decisão determinou o enquadramento das práticas de homofobia e transfobia no conceito de racismo, para fins de responsabilização penal, até que o Poder Legislativo edite legislação específica. No fundo, retomou-se a lógica do julgamento do caso Ellwanger, em que se tratou como racismo a tentativa de inferiorização e estigmatização de grupos sociais historicamente vulneráveis.

c) *Racismo e injúria racial* (HC 154.248)[28]. Neste julgamento, o STF fez a equiparação da injúria racial ao crime de racismo, para fins de imprescritibilidade. Uma senhora, à época já septuagenária, ofendeu a frentista de um posto de gasolina, chamando-a de “negrinha nojenta, ignorante e atrevida”. Tal conduta foi enquadrada como crime de injúria, qualificada pelo preconceito, tipificada no art. 140, § 3º, do Código Penal[29]. Este crime, denominado injúria racial, é tratado em dispositivo

---

[26] STF, ADO 26, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 5 out. 2020.

[27] De acordo com a Transgender Europe, organização de direitos humanos que sistematiza dados disponíveis a respeito do assassinato de transexuais mundo afora. Disponível em: https://transrespect.org/en/tmm-update-trans-day-of-remembrance-2018/. Acesso em: 11.07.2022).

[28] STF, HC 154.248, Rel. Min. Luiz Edson Fachin, j. 28.10.2021.

[29] Código Penal: “Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa.

distinto do que criminaliza o racismo, tipificado na Lei n. 7.719/89. A ofensora foi condenada à pena de um ano de reclusão e 10 dias-multa. Porém, em razão da idade e do que dispõe o Código Penal no art. 115, que prevê que são reduzidos à metade os prazos de prescrição para os maiores de 70 anos, a impetrante do habeas corpus pediu a extinção de sua punibilidade. Ao equiparar o crime de injúria racial ao de racismo, o STF considerou-o imprescritível, à luz do que dispõe o art. 5º, XLII, da Constituição[30].

3. Liberdade de expressão artística e intelectual

a) *Biografias* (ADI 4.815)[31]. O STF declarou inconstitucionais dois dispositivos do Código Civil que exigiam prévia autorização da pessoa ou da família para a publicação de sua biografia. Sob a vigência desses artigos, foi proibida a circulação de livros que traziam as biografias de Mané Garrincha, Roberto Carlos, Guimarães Rosa, Leila Diniz e Lampião, entre outros. Como intuitivo, a exigência de concordância prévia teria como consequência a produção apenas de biografias *chapa branca*. O Tribunal considerou inválida a ponderação *a priori* feita pelo Código Civil, hierarquizando direitos fundamentais e colocando os direitos à privacidade e à imagem acima da liberdade de expressão e do direito de informação do público. No acórdão, da lavra da Ministra Cármen Lúcia, ficou assentado: "Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa".

b) Humor nas eleições (ADI 4.451)[32]. Neste julgamento, o Tribunal declarou inconstitucionais os dispositivos da Lei das Eleições que impediam a veiculação, por emissoras de rádio e televisão, de programas de humor que envolvessem candidatos, partidos e coligações no período de três meses anteriores ao pleito. A decisão reconheceu que tal interdição constituía clara hipótese de censura prévia. E acrescentou: "Embora não se ignorem certos riscos que a comunicação de massa impõe ao processo eleitoral – como o fenômeno das *fake news* –, revela-se

---

[30] CF, art. 5º: "XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".
[31] STF, ADI 4815, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 10.06.2015.
[32] STF, ADI 4.451, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 21.06.2018.

constitucionalmente inidôneo e realisticamente falso assumir que o debate eleitoral, ao perder em liberdade e pluralidade de opiniões, ganharia em lisura ou legitimidade".

c) *Especial de Natal do Porta dos Fundos* (Rcl. n. 38.782)[33]. O grupo humorístico Porta dos Fundos encenou um especial de Natal, na Netflix, intitulado "A Primeira Tentação de Cristo", que retratava, em meio a outras irreverências, um Jesus Cristo *gay*. O programa gerou forte reação de grupos conservadores e cristãos e veio a ser suspenso por decisão de um desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. O argumento central era o da "ofensa a valores cristãos". Em decisão liminar proferida em reclamação, que veio a ser confirmada pela Segunda Turma, o então Presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, suspendeu a decisão da Justiça Estadual. Na decisão final de mérito, o acórdão assentou que "a proibição de divulgação de determinado conteúdo deve-se dar apenas em casos excepcionalíssimos, como na hipótese de configurar ocorrência de prática ilícita, de incitação à violência ou à discriminação, bem como de propagação de discurso de ódio".

d) *Beijo gay* (SL 1.248[34] e Rcl. n. 36.742[35]). Neste caso, fiscais da Prefeitura do Rio de Janeiro apreenderam revistas na Bienal do Livro que continham um beijo gay na capa, sob o fundamento da necessidade de proteção das crianças e adolescentes. O Ministro Dias Toffoli deferiu o pedido de suspensão da decisão da presidência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que havia declarado a legalidade da apreensão. No mesmo dia, o Ministro Gilmar Mendes deferiu outra liminar, em reclamação, na qual afirmou que "ao determinar de forma sumária o recolhimento de obras que tratem do tema do homotransexualismo de maneira desavisada para público jovem e infantil, a ordem da Administração Municipal consubstanciou-se em verdadeiro ato de censura prévia, com o nítido objetivo de promover a patrulha do conteúdo de publicação artística".

e) *O caso Gerald Thomas* (HC 83.996)[36]. Um julgado curioso envolveu o diretor teatral Gerald Thomas. Em reação às vaias do público ao final da apresentação de sua montagem da peça Tristão e Isolda, o referido diretor subiu ao palco, simulou um

---

[33] STF, Rcl 38.782, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 23.02.2021.
[34] STF, SL 1.248, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 10.09.2019.
[35] STF, Rcl 36.742, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 11.09.2019.
[36] STF, HC 83.996, Red p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, julgada em 17.08.2004.

ato de masturbação e exibiu as nádegas para uma plateia atônita. Foi denunciado criminalmente pela prática de ato obsceno. O STF, no entanto, extinguiu a ação penal, por considerar que a atitude, inadequada e deseducada como fosse, constituía exercício de liberdade de expressão, tendo em vista tratar-se de uma peça de temática madura, assistida por um público adulto.

4. Direito ao esquecimento

O tema do direito ao esquecimento perpassa o tema da liberdade de expressão em diferentes manifestações, inclusive a liberdade de imprensa e a liberdade artística e intelectual. O *direito ao esquecimento* consistiria na pretensão de uma pessoa de não ser mencionada em meios de comunicação social ou nos buscadores de notícias na Internet por fatos pretéritos desagradáveis ou desabonadores. Um precedente importante na matéria foi o caso *Doca Street*, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O autor de um rumoroso crime passional ocorrido na cidade de Búzios tentou, sem êxito, impedir a transmissão de programa de televisão retratando o episódio, sob o fundamento de que já havia cumprido pena e estava ressocializado. Um precedente internacional que correu o mundo foi a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia que determinou a retirada do *site* de pesquisas da Google da referência ao fato de que um indivíduo, muitos anos atrás, tivera sua casa vendida em leilão por débito com a Seguridade Social. O fundamento da decisão foi a ausência de qualquer interesse público na informação[37].

O caso Aída Curi (RE 1.010.606[38]). O tema do direito ao esquecimento chegou ao Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário de uma decisão do Superior Tribunal de Justiça no caso Aída Curi. Os irmãos de uma mulher vítima de homicídio postularam e obtiveram indenização por uso da imagem de sua irmã em um programa televisivo que retratava o episódio. O STF reverteu a decisão da origem, por entender que o denominado direito ao esquecimento afrontava a liberdade de expressão. Na tese firmada ao final do julgamento ficou assentado: "É incompatível

[37] Google Spain e Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Dados (AEPD) e Mario Costeja González, julgado em 13.05.2014. Disponível em português em: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=PT.
[38] STF, RE 1.010.606, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 11.02.2021.

com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais".

5. Manifestação do pensamento

Marcha da maconha (ADPF n. 187[39] e ADI n. 4.274[40]). Em ambas estas ações se discutia a legitimidade de eventos em que se postulavam a descriminalização da maconha. Nos dois julgamentos, o Tribunal, por unanimidade, reconheceu o direito constitucional de se realizarem assembleias, reuniões, marchas, passeatas ou encontros em espaços públicos com o objetivo de criticar os modelos normativos em vigor e procurar angariar apoio para mudanças legislativas. Na ementa da ADI n. 4.724, o Ministro Carlos Ayres Britto consignou: "Nenhuma lei, seja ela civil ou penal, pode blindar-se contra a discussão do seu próprio conteúdo. Nem mesmo a Constituição está a salvo da ampla, livre e aberta discussão dos seus defeitos e das suas virtudes...".

6. Ataque às instituições democráticas

Em junho de 2020, o Supremo Tribunal Federal considerou legítima a continuidade de um inquérito que apurava ataques e ameaças ao Tribunal e seus Ministros, bem como a outras instituições constitucionais[41]. O inquérito resultou de iniciativa do próprio presidente do Tribunal, o que suscitou críticas e questionamentos. Posteriormente, dois outros inquéritos foram instaurados, já então por iniciativa do Procurador-Geral da República, para apurar organizações criminosas e autores de *fake news* que ameaçavam pessoas e instituições. Tratava-se, na verdade, de comportamento massivo de grupos radicais, orquestrados e financiados com o propósito de desestabilização da democracia e viabilização de

[39] STF, ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15.06.2011.
[40] STF, ADI 4.274, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 23.11.2011.
[41] ADPF 572, Rel. Min. Edson Fachin, j. 18.06.2020.

uma ruptura institucional. O Tribunal assentou que manifestações que visam a abalar a independência do Poder Judiciário, pela via da ameaça aos membros do Supremo Tribunal Federal e a seus familiares, atentam contra os Poderes instituídos, contra o Estado de direito e contra a democracia.

Encerrando este tópico, é sempre bom lembrar, nos debates envolvendo liberdade de expressão, a advertência sábia de Rosa de Luxemburgo: *"A liberdade é sempre a liberdade para quem pensa diferente"*.

IV. NOTAS SOBRE O DIREITO COMPARADO: LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS EUA E NA ALEMANHA

Nos Estados Unidos, a Primeira Emenda à Constituição proíbe a edição de leis que restrinjam a liberdade de expressão e de imprensa. Vêm de lá expressões que se integraram à semântica do tema, como "livre mercado de ideias", em analogia ao livre mercado das economias liberais. Ou, também, a afirmação de que o debate público deve ser "sem inibição, robusto e completamente aberto". E, ainda, as preocupações com o "efeito silenciador", que é a consequência de as pessoas terem temor de se manifestarem, pelo risco de sofrerem sanções. A despeito de ser louvada pelos autores e pelos tribunais como um símbolo da cultura e da democracia, a liberdade de expressão nos Estados Unidos não teve uma trajetória linear.

De fato, no primeiro quarto do século, sobretudo em razão da guerra fria e do anticomunismo, diversas decisões limitaram drasticamente a liberdade de expressão política. Assim, sob a tese jurídica de que determinadas manifestações ofereciam "perigo claro e real" (*clear and actual danger*), a Suprema Corte manteve condenações criminais contra militantes socialistas que faziam campanha contra o alistamento militar[42], imigrantes russos que protestavam contra a intervenção americana na Revolução Bolchevique[43], militantes[44] e líderes sindicais que defendiam a substituição do modelo capitalista pelo socialista[45]. Somente em 1969, essa linha de casos foi superada com a nova tese de que a liberdade de manifestação somente deve ser punida se incitar a prática de atos ilícitos e se houver probabilidade

[42] Schenck v. United States, 249 U.S. 47, julgado em 1919.
[43] Abrams v. United States, 250 U.S. 616, julgado em 1919.
[44] Gilow v. New York, 268 U.S. 652, julgado em 1925.
[45] Whitney v. California, 274 U.S. 357, julgado em 1927.

de que eles efetivamente ocorram[46]. Não deve passar despercebido o fato de que a reversão de entendimento se deu em favor de um líder da Ku Klux Klan, que dirigia ataques ao Presidente, ao Congresso e à Suprema Corte por "protegerem negros e judeus".

Ao longo do século XX, porém, a liberdade de expressão foi sendo progressivamente expandida, com vedação expressa à censura prévia, salvo ameaça para a segurança nacional[47]. Em 1971, a Suprema Corte assegurou o direito de os jornais *New York Times* e *Washington Post* publicarem os chamados "Documentos do Pentágono" (*The Pentagon Papers*), relatórios sigilosos acerca da participação americana na Guerra do Vietnam, vazado por um de seus autores[48]. Num dos casos mais emblemáticos em matéria de liberdade de imprensa – *New York Times v. Sullivan*[49] –, a Suprema Corte estabeleceu critérios bastante rígidos para que um agente público criticado pudesse propor ação contra o jornal: a necessidade de "malícia real" (*actual malice*), compreendida como o conhecimento da falsidade do fato ou negligência grave na sua apuração.

Fizeram história, também, decisões como as que proibiram a criminalização da queima da bandeira como forma de protesto[50] e a controvertida decisão que considerou que a lei que impedia gastos eleitorais por empresas e sindicatos era inconstitucional[51]. Sob crítica severa de muitos, a Corte considerou que derramar dinheiro em eleições é exercício de liberdade de expressão. No geral, não merecem proteção da Primeira Emenda, de acordo com a Suprema Corte, obscenidade, falsidade deliberada, crimes contra a honra, incitação ao crime e palavras que incitem o ódio e a violência (*fighting words*).

Diferentemente da Constituição americana, que é bem lacônica a respeito, a Constituição alemã, no seu art. 5º, detalha um conjunto de direitos associados à livre manifestação do pensamento: liberdade de expressão, direito à informação, liberdade de imprensa, liberdade de telecomunicação, liberdade de pesquisa,

---

[46] Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, julgado em 1969.
[47] Near v. Minnesota, 403 U.S. 713, julgado em 1971.
[48] New York Times v. United States, 403 U.S. 713, julgado em 1971.
[49] New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254, julgado em 1964.
[50] Texas v. Johnson, 491 U.S. 397, julgado em 1989 e United States v. Eichman, 496 U.S. 310, julgado em 1990.
[51] Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. 310, julgado em 2010.

liberdade acadêmica e de educação. Alguns aspectos da experiência histórica alemã, especialmente o trauma do nazismo, levaram a restrições específicas à liberdade de expressão, como a criminalização da negação do holocausto e a proibição de símbolos nazistas. Também as manifestações de ódio (*hate speech*), como racismo e antissemitismo, são interditadas e punidos por lei.

Na Alemanha, a liberdade de expressão não tem o caráter preferencial *a priori* frequentemente reconhecido nos Estados Unidos. Além de uma maior ênfase na separação entre o que seja opinião e o que seja fato – informação errada ou falsa não é objeto de proteção[52] –, a Corte Constitucional realiza um balanceamento frequente entre a liberdade de expressão, de um lado, e, de outro, a dignidade e os direitos da personalidade. Com frequente prevalecimento do direito à honra sobre o direito de criação artística e mesmo sobre o direito de informação. Um precedente emblemático é conhecido como *caso Mephisto*, em que os herdeiros de um ator conseguiram proibir a divulgação de um livro de ficção cujo personagem principal era inspirado na vida do falecido ator e associava o seu sucesso à adesão ao nazismo[53]. Em outro julgamento, conhecido como *caso dos soldados Lebach*[54], a Corte Constitucional impediu, a pedido de um dos envolvidos em um crime, a divulgação de documentário que exibiria a sua imagem. Essa decisão terminou sendo superada, em decisão conhecida como caso *Lebach II*[55].

V. REVOLUÇÃO DIGITAL, INTERNET E MÍDIAS SOCIAIS[56]

O mundo vive sob a Terceira Revolução Industrial – a Revolução Tecnológica ou Digital–, iniciada nas décadas finais do século XX e que se caracteriza pela massificação dos computadores pessoais, pelos telefones inteligentes e, muito notadamente, pela Internet, conectando bilhões de pessoas em todo o planeta. A Internet revolucionou o mundo da comunicação social e interpessoal, expandindo de

[52] Corte Constitucional Alemã, BVerfGE 61, 1 1, julgado em 1982.
[53] Corte Constitucional Alemã, BVerfGE 30, 173, julgado em 1971.
[54] Corte Constitucional Alemã, BVerfGE 35, 202, julgado em 1973.
[55] Corte Constitucional Alemã, BVerfGE 1, 349 julgado em1999.
[56] Muitas das ideias e informações desse tópico foram extraídas de Luna van Brussel Barroso, *Liberdade de expressão e democracia na era digital*, 2022.

maneira exponencial o acesso à informação, ao conhecimento e à esfera pública. Nos dias de hoje, qualquer pessoa pode expressar suas ideias, opiniões e divulgar fatos em escala global. Uma longa trajetória que vai de Gutenberg a Zuckerberg[57].

Anteriormente à Internet, a difusão de notícias e de opiniões dependia, em grande medida, da imprensa profissional. Cabia a ela apurar fatos, divulgar notícias e filtrar opiniões pelos critérios da ética jornalista. Havia, assim, um controle editorial mínimo de qualidade e de veracidade do que se publicava. Não que não houvesse problemas: o número de veículos de comunicação é limitado e nem sempre plural, as empresas jornalísticas têm seus próprios interesses e, além disso, nem todos distinguiam, com o cuidado que se impõe, fato de opinião. Ainda assim, havia um grau mais apurado de controle sobre aquilo que se tornava público. A Internet, com o surgimento de sites, blogs pessoais e, sobretudo, das mídias sociais possibilitou a ampla divulgação e circulação de ideias, opiniões e informações sem qualquer filtro. A consequência negativa, porém, foi que também permitiu a difusão da ignorância, da mentira e a prática de crimes de natureza diversa.

Uma das mais significativas implicações da Revolução Digital foi o surgimento das mídias sociais e dos aplicativos de mensagem. O *Facebook* tem mais de 3 bilhões de contas. O *YouTube* mais de 2,5 bilhões. No Brasil, de acordo com pesquisa do Congresso Nacional, 79% da população tem o *Whatsapp* como principal fonte de informação. A televisão vem em um distante segundo lugar, com 50%. Veículos impressos, que vivem uma crise no seu modelo de negócios, são utilizados por apenas 8%. O peso crescente das plataformas tecnológicas em todo o globo e os muitos riscos que podem advir do seu uso abusivo têm levado um grande número de democracias a debaterem a melhor forma de regulação para elas. No Brasil, já há projeto de lei aprovado no Senado Federal e em debate na Câmara dos Deputados.

É interessante observar que, no início da Internet, cultivou-se a crença de que ela deveria ser um espaço "aberto, livre e não regulado', mas essa percepção já se desfez inteiramente. Existe consenso hoje da necessidade de regulação em planos diferentes: a) *econômico*, para impedir a dominação de mercados, proteger direitos

---

[57] A frase "From Gutenberg to Zucherberg" foi utilizada por Newton Minow no Prefácio ao livro de Martha Minow, *Saving the news*. Oxford: Oxford University Press, 2021. E também dá título ao livro de John Naughton, *What you really need to know about the Internet*. Londres: Quercus Publishing, 2012.

autorais e estabelecer tributação justa; b) *privacidade*, para impedir o uso indevido das informações acumuladas pelas plataformas tecnológicas acerca das pessoas que ali navegam; e c) *controle de comportamentos e de conteúdos*, de modo a encontrar o ponto adequado de equilíbrio entre a liberdade de expressão e a repressão a condutas ilegais. Esse último ponto é o que interessa para fins da presente reflexão.

Importante fazer o registro, desde logo, de que a liberdade de expressão é uma importante conquista civilizatória e sua preservação é essencial por muitas razões, como já exposto acima. A regulação de conteúdo, portanto, não pode abalar a liberdade de expressão. Justamente ao contrário, ela deve ter por alvo a sua proteção. Toda censura é suspeita. Mas, como observou Luna van Brussel Barroso, é preciso ter em conta que, na era digital, os mesmos fundamentos que tradicionalmente justificaram a proteção reforçada da liberdade de expressão – busca da verdade possível, dignidade humana e democracia – podem justificar sua regulação[58].

A regulação das mídias sociais deve procurar coibir: a) os *comportamentos inautênticos*, que envolvem o uso de sistemas automatizados – robôs ou *bots* –, perfis falsos ou pessoas contratadas – *trolls* – para forjar engajamento e/ou afogar manifestações de terceiros; b) os *conteúdos ilícitos*, que incluem terrorismo, abuso sexual infantil, incitação ao crime e à violência, discursos de ódio ou discriminatórios, ataques antidemocráticos, compartilhamento não consentido de imagens íntimas (*revenge porn*) etc.; e c) a *desinformação*, que consiste na criação ou difusão deliberada de notícias falsas, geralmente com o propósito de obtenção de proveito próprio – político, econômico, pessoal –, causando dano a outras pessoas.

Três observações importantes: a) diferentemente do que se passava antes, quando era limitada a quantidade de veículos de comunicação divulgando informações, hoje em dia a disputa é pela atenção do público, à vista da abundância de informações divulgadas com o auxílio das redes sociais; b) infelizmente, segundo estudos, conteúdos falsos, difamatórios e sensacionalistas, que despertam raiva ou manifestam ódio, produzem muito mais engajamento do que publicações factuais,

---

[58] BARROSO, Luna van Brussel. *Liberdade de expressão e democracia na era digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 109.

moderadas e racionais; e c) esse fato dá incentivos errados às plataformas, cujos sistemas de recomendação sofrem a tentação de impulsionar conteúdos extremistas, que atraem mais visualizações e, consequentemente, aumentam a arrecadação publicitária.

Dentro de uma moldura legal básica estabelecida pelo Estado, o ideal é a autorregulação pelas próprias plataformas, minimizando a ingerência do Poder Público. A chamada *moderação de conteúdo* pelas plataformas é um direito e uma necessidade, para que definam o tipo de ambiente que desejam criar, banindo, por exemplo, violência, pornografia, linguagem chula etc. A moderação pode envolver remoção, etiquetagem (ex. uma advertência sobre o caráter duvidoso de um *post*), amplificação ou redução do seu alcance e desmonetização. Porém, após as democracias haverem superado a censura estatal à liberdade de expressão, não se deseja que ela seja substituída pela censura privada.

Por essa razão, quando estiverem moderando conteúdo com base nos seus próprios princípios, as plataformas devem ter deveres de: a) *transparência*: clareza nos termos de uso, critérios objetivos de remoção de conteúdos, bem como de sua amplificação ou redução de alcance e, também, informações sobre a publicidade política veiculada em suas redes; b) *devido processo*: decisões de remoção devem ser fundamentadas (ainda que objetivamente), devem ser notificadas ao usuário que a postou e devem permitir algum tipo de recurso; e c) *isonomia*: embora possa haver um tratamento eventualmente distinto entre pessoas públicas e privadas, não devem existir discriminações aos usuários com base em fatores ilegítimos de diferenciação, como sexo, orientação sexual, raça ou religião.

Tais cautelas são importantes para evitar a substituição de um tipo de censura por outro. As plataformas tecnológicas – entre as quais Whatsapp, Facebook, Twitter e Instagram – se transformaram em ágoras eletrônicas, constituindo uma gigantesca esfera pública para comunicação e debate. Já se assentou que, como regra geral, o Estado não deve interferir na comunicação social, evitando a censura prévia. O que dizer, porém, em relação à censura privada, que ocorre quando as próprias mídias sociais removem conteúdo? De fato, há algum tempo, o Facebook desativou páginas de contas ligadas a um movimento político. Em 2020, o Twitter e o Facebook, por decisão própria, sem ordem judicial, removeram postagens do

Presidente brasileiro, ambas relacionadas à Covid-19, por comentários que contrariavam os consensos científicos. Parece fora de dúvida que as redes sociais possam fazer prevalecer os seus Termos de Uso, evitando se tornarem vias de trânsito para conteúdo perigosamente anticientífico, ilegal ou moralmente indesejável. Como, por exemplo, pornografia infantil, racismo, incitação à violência, terrorismo ou *revenge porn*. Mas para que tal conduta seja legítima, não constituindo uma violação privada à liberdade de expressão, é imprescindível que seus critérios sejam públicos e claros, sem margem à arbitrariedade e à seletividade.

Uma última observação: a despeito dos esforços das autoridades públicas e das plataformas, a preservação da Internet como uma esfera pública saudável e robusta depende, acima de tudo, da própria sociedade, suas atitudes e demandas. Como consequência, é preciso investir em educação midiática e conscientização da população como capítulo decisivo para a criação de um ambiente virtual livre, porém positivo e construtivo. Crimes sempre existirão no mundo. O que o processo civilizatório faz é torná-lo residual, pelo cumprimento espontâneo das leis pelos cidadãos. No tocante à desinformação e à utilização da mentira deliberada como estratégia política, a expectativa é que ocorra com esses fenômenos algo semelhante ao que se passou com a pornografia no final dos anos 70: apesar do temor de que ela viesse a ganhar o *mainstream*, o fato é que ela ficou confinada a um espaço específico e limitado, consumida apenas por quem opte por fazê-lo, sem ter ocupado o espaço público de maneira dominante.

É possível assentar, em conclusão deste tópico: 1. A rede mundial de computadores proporcionou o acesso ao conhecimento, à informação e ao espaço público a bilhões de pessoas, mudando o curso da história; 2. É imperativa a necessidade de enfrentar os comportamentos coordenados inautênticos e os conteúdos ilícitos por meio de regulação adequada. É essencial, no entanto, atuar com proporcionalidade e procedimentos adequados, para que a liberdade de expressão, a diversidade e o pluralismo não sejam comprometidos. 3. Educação midiática e conscientização da sociedade e das pessoas de boa-fé – que, felizmente, constituem a maioria – são medidas imprescindíveis para propiciar o uso positivo e construtivo das novas tecnologias.

VI. Conclusão

A comunicação humana percorreu uma trajetória milenar, que vai das inscrições em cavernas à revolução digital. A longa jornada passa pela criação da impressão por tipos móveis e chega à Internet e às mídias sociais. Sem escapar do clichê, uma viagem no tempo, que vai de Gutenberg a Zuckerberg.

A liberdade de expressão, historicamente, sempre foi vista como inimiga pelo poder, seja o poder político, econômico ou religioso. Não por acaso, a repressão a ela, em diferentes graus, foi uma constante ao longo dos séculos, inclusive em décadas recentes. No Brasil, ela foi especialmente restringida nas ditaduras do Estado Novo e do Regime Militar. Por essa razão, a Constituição de 1988 foi quase obsessiva ao tratar do tema, em múltiplos dispositivos, rejeitando de maneira peremptória todo tipo de censura.

Superado, não sem alguma dificuldade e recaídas eventuais, o largo período de ingerência indevida do Estado na liberdade de expressão, o Brasil e o mundo se defrontam com a nova realidade trazida pela revolução digital. A Internet e as mídias sociais, do mesmo passo que democratizaram o acesso à informação, ao conhecimento e ao espaço público, também abriram caminho para o ódio, a mentira deliberada, a desinformação, a destruição de reputações e as teorias conspiratórias. Nesse cenário, não são pequenos os riscos para a democracia e para os direitos fundamentais.

Por essa razão, em países democráticos pelo mundo afora, acadêmicos, legisladores e reguladores vêm dedicando tempo e energia na busca de soluções normativas para um desafio crítico: preservar a integridade da livre manifestação do pensamento em face das ameaças do mundo digital; sem, contudo, interferir irrazoavelmente no seu exercício. A dura tarefa de conter o abuso sem praticar o abuso. De um lado, comportamentos criminosos ou antiéticos não constituem direitos fundamentais nem podem ser chancelados pelo ordenamento jurídico. De outro lado, o Estado é um ator com maus antecedentes em sua atuação na matéria. Por tudo isso, não é singela a tarefa de traçar o caminho do meio, no espesso nevoeiro de uma era de polarização e intolerância.

Dessa dualidade descrita acima resultam as dificuldades no equacionamento do tema. Como se procurou demonstrar, algum grau de regulação – estatal e autorregulação – se tornou inevitável. Mas ela há de ser adequada e proporcional para que a liberdade de expressão continue a servir aos valores que justificam sua proteção preferencial: a dignidade humana (para que as pessoas possam manifestar sua personalidade e visão de mundo), a busca da verdade (a verdade possível e plural em uma sociedade aberta) e a democracia (que não pode prescindir da livre circulação de informações, ideias e opiniões). Em poucas áreas do universo jurídico é tão delicado definir o ponto ótimo de equilíbrio entre preocupações contrastantes e encontrar a medida certa entre o excesso e a escassez, entre a luz e a sombra.

Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 5/297, 2005.

BARROSO, Luna van Brussel. *Liberdade de expressão e democracia na era digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

BARROSO, Porfirio; TALAVERA, María del Mar López. *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*. Madrid: Fragua, 1998.

BUENO, Eduardo. *Brasil:* uma história. São Paulo: Ática, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos* – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, 2000.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão*: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. São Paulo: FGV, 2022.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens*. N. York: HarperCollins, 2015.

MINOW, Martha. *Saving the news*. Oxford: Oxford University Press, 2021.

NAUGHTON, John. *What you really need to know about the Internet*. Londres: Quercus Publishing, 2012.

OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

POST, Robert. *Constitutional Domains*: Democracy, Community, Management. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Estado Democrático de Direito e os limites da liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos de personalidade. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* 8/112, 2016.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do "hate speech". In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHAUER, Frederick. *Free Speech*: a Philosophical Enquiry. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Helosa M. *Brasil*: uma biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

VENTURA, Zuenir. *1968*: o ano que não terminou, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

19. ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA - CONSENSOS CONCEITUAIS POSSÍVEIS PARA A SUPERAÇÃO DO CONTEXTO DO NEGACIONISMO JURÍDICO ESTRUTURAL

 https://doi.org/10.36592/9786554600668-19

Luiz Fernando Calil de Freitas[1]

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

O texto que ora se inicia tem por finalidade analisar os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, suas respectivas origens históricas e condições conjunturais e estruturais determinantes no âmbito de cada um dos contextos em que surgiram. Pretende-se ainda, avançar possíveis caracterizações e delimitações de cada um desses fenômenos na ambiência jurídica brasileira contemporânea, na busca da construção de uma compreensão adequada à realidade nacional que possa dar conta da tarefa de suas identificações, delimitações e diferenciações. Tais objetivos se pretende atingir levando-se em consideração, ademais das práticas ocorrentes no âmbito da jurisdição, certa jurisprudência representativa das manifestações de um e de outro dos fenômenos em questão, mas, sobretudo, as instituições jurídico-constitucionais que configuram o modelo brasileiro contemporâneo, e, evidentemente, procedendo à revisão de alguma específica produção bibliográfica relativa à temática enfrentada.

---

[1] Doutor em Direito pela Università Roma Tre; Mestre em Direito pela PUC-RS, Professor da Faculdade de Direito da Escola Superior do Ministério Público do RS, Procurador de Justiça no Rio Grande do Sul.

A existência de uma já considerável produção acadêmica[2] no Brasil acerca da temática a ser aqui enfrentada é reveladora da atenção dedicada a tão relevantes

---

[2] Para referir algumas publicações : ANDRADE, Luiz Gustavo de; ARRAES, Roosevelt; BORBA, Dalton José (organizadores). **Ativismo Judicial. Novas facetas e limites democráticos**. Curitiba: APRIS, 2019. ALBUQUERQUE, Camila Leonardo Nandi de; BAZZANELLA, Sandro Luiz. **Judicialização da Política e Ativismo Judicial - o estado de exceção presente nas decisões do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Liber Ars, 2020. ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. **O Ativismo Judicial e Seus Limites**. Belo Horizonte: ARRAES, 2017. BARCELOS, Guilherme. **Judicialização da Política e Ativismo Judicial**. Florianópolis: Habitus, 2018. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo.** São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2010. BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. In VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (organização). **A Razão e o Voto. Diálogos Constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial *versus* Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. FANTINEL, Alexsandra Ramos. **Judicialização da Política. O processo político-eleitoral e fidelidade partidária no Brasil (1988-2008)**. São Paulo: Dialética, 2022. FREYESLEBEN, Márcio Luis Chila. **Globalismo e Ativismo Judicial. Ministério Público Agente de Subversão Social**. Campinas: EDA, 2020. GREGÓRIO, Giovani Galvão Vilaça. **Judicialização da Política e Ativismo Judicial. Contornos democráticos da atuação do Judiciário.** São Pualo: Dialética, 2022. GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial. Análise Comparativa do Direito Constitucional Brasileiro e Norte-Americano.** São Paulo: Almedina, 2019. HÜNING, Agnes Carolina. **Ativismo Judicial e Cidadania. Das concessões ao retrocesso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. LEAL, Mônia Clarissa Henning; ALVES, Felipe Dalenogare Alves. **Judicialização e Ativismo Judicial. O Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais Poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático. Do ativismo judicial ao diálogo constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo Judicial – limites institucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 1ª reimpressão, 2012. MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. MELO FILHO, Renato Soares de. **Ativismo Judicial em Investida ao Estado Democrático**. Curitiba: Juruá, 2019. NETO, José Wellington Bezerra da Costa. **Protagonismo Judicial. Novo Ativismo e Teoria Geral da Função Jurisdicional**. São Paulo: LEUD, 2017. NEVES, Isadora Ferreira. **Ativismo Judicial e Judicialização da Política – três perguntas fundamentais para uma distinção**. São Paulo: Jus Podivm, 2023. OLIVEIRA, Daltro Alberto Jaña Marques de. **Vias de Legitimação do Ativismo Judicial. Omissões legislativas, mandado de injunção e diálogos institucionais**. São Paulo: Dialética, 2021. OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos. **Ativismo Judicial.** Curitiba: Juruá, 2010. PINTO, Hélio Pinheiro. **O STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial.** Belo Horizonte: Fórum, 2018. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2015. ROCHA, Keren. **Ativismo Judicial? Uma análise da atuação do Poder Judiciário frente à discricionariedade administrativa para efetivação do direito à educação**. São Paulo: Dialética, 2020. ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo. Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico?** Curitiba: Juruá, 2012. SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012. SANTOS, Douglas Henrique Marin dos. **Judicialização da Política. Desafios contemporâneos à teoria da decisão judicial.** Curitiba: Juruá, 2014. STRECK, Lenio Luiz. **Entre o Ativismo e a Judicialização da Política: A Difícil Concretização do Direito Fundamental a Uma Decisão Judicial Constitucionalmente Adequada.** *Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]*, *17*(3), 721–732. https://doi.org/10.18593/ejjl.v17i3.12206. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial. Limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. TORRES, Amanda Lobão. **Ativismo, Garantismo e Cooperação Em Crise**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª ed., 2019.

questões que assaltam a consciência de todos quantos estejam atentos à compreensão e aplicação do direito na contemporaneidade.

A abordagem que se pretende realizar, cremos, difere essencialmente daquela que marca a literatura produzida na ambiência brasileira, na qual sobressai a análise dos fenômenos objeto de consideração a partir das decisões judiciais e tendo em vista elementos teóricos forjados na doutrina estrangeira. O corte epistemológico que se pretende adotar será bastante diverso, levando em consideração como ponto de partida o elemento histórico, qual seja a verificação das condições históricas que propiciaram o surgimento do ativismo judicial nos USA e da judicialização da política na Europa. A partir das premissas assim assentadas, considerar os marcadores existentes no sistema constitucional brasileiro para, com base nele, realizar a tentativa de demarcação que se possa, de modo constitucionalmente adequado, identificar o que caracteriza um e outro dos fenômenos a serem analisados tendo em vista a sua configuração teórico-dogmática no âmbito do direito constitucional positivo brasileiro.

Isso porque partimos da premissa segundo a qual, enquanto o ativismo judicial é fenômeno conjuntural caracterizado por impulso pessoal do julgador que funcionaliza a intepretação e aplicação do direito às suas preferencias pessoais, a judicialização da política é fenômeno estrutural que decorre das transformações havidas no período que se seguiu ao final da Segunda Guerra Mundial, implicando sensível mudança no papel das normas constitucionais tanto relativamente à estrutura do Estado quando na conformação do direito, implicando todo um conjunto de alterações na compreensão da separação dos poderes, sobretudo no campo de atuação do Poder Judiciário.

Obviamente que a abordagem levará em consideração um aspecto que se nos afigura relevantíssimo para a compreensão adequada do tema a que nos propusemos examinar; outros vieses já abordados na doutrina não serão analisados. É relevante afirmar, ainda à guisa de introdução, que a temática é vasta e, parece-nos, distante ainda da fixação de consensos a seu respeito. É na busca de tal objetivo, pelo viés aqui adotado, que se pretende oferecer modesta contribuição.

2. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O tema da judicialização da política demanda análise contextualizada a partir da premissa segundo a qual há uma forte correlação entre a expansão da democracia no planeta e a expansão da jurisdição, sobretudo aquela de natureza constitucional, uma vez que, como é notório, o funcionamento de um regime democrático implica necessariamente a adesão a um conjunto de normas procedimentais que devem ser observadas na tomada de decisões (HIRSCHL, 2007, p.31). A observância ou não de tais regras pode e deve ser submetida ao escrutínio da jurisdição. Desse modo, tem-se que o *judicial review of law* é um dos pré-requisitos para a existência de um modelo de governo que se possa qualificar como democrático (HIRSCHL, 2007, p. 32). Com efeito, conforme Hirschl, um dos elementos a serem levados em consideração quanto ao acréscimo da relevância da função jurisdicional decorrente da constitucionalização do direito consiste na constatação de ela não se deu de modo separado das circunstâncias das lutas sociais, políticas e econômicas que perpassam as sociedades e findam por moldar determinado sistema político (HIRSCHL, 2007, p. 38). Por isso que, certamente, o incremento da democracia implica acréscimo das funções jurisdicionais decorrentes da tarefa de garantir a preservação dos avanços sociais. A tal ponto que - se pode afirmar, fazendo coro a Antoine Garapon - o fenômeno da ascensão vertiginosa da jurisdição não se deve tanto ao papel do julgador, mas sim ao espaço simbólico que ele ocupa na transformação da democracia (GARAPON, 1996, p. 43). Transformação essa, imperioso afirmar, que vai da pura e simples consideração do substantivo *democracia* para à de sua adjetivação como *democracia constitucional*, operada desde o continente europeu a partir do segundo pós-guerra mundial.

Ademais, deve-se levar em conta que ao lado da dimensão formal da democracia e do direito, as constituições do segundo pós-guerra mundial incorporaram nitidamente uma dimensão substancial ao agregaram aos seus textos os direitos sociais prestacionais que, impondo ao Estado tarefas qualificadas como obrigações de fazer, dotaram os sistemas jurídicos de instrumentos voltados à verificação e imposição do cumprimento de tais tarefas e sancionando de inconstitucionalidade por omissão a inação estatal no que refere aos procedimentos

tendentes à efetivação dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2007, p. 92 e s.). Essa realidade ampliou a esfera pública ao nela incorporar a dimensão social do Estado, contribuindo sobremaneira para a consequente ampliação do campo de atuação da jurisdição.

Partindo-se da premissa de que as questões constitucionais originariamente são questões políticas e o poder das forças politicas se mostre sempre superior ao das normas jurídicas voltadas à sua regulação (HESSE, 2013, p. 123-4), considerada a tensão necessária e imanente existente entre a realidade concreta e a racionalidade normativa (HESSE, 2013, p. 124) é relevante ter em consideração o papel desempenhado pela práxis constitucional como modo de superação do confronto entre o conjunto de normas constitucionais (Constituição normativa) e a realidade concreta (Constituição real), devendo a relação entre ambas dimensões ser entendida como de coordenação, nunca separadas uma da outra, nem confundidas (HESSE, 2013, p. 126-8). Em assim sendo, inelutável a conexão entre direito e política que se dá, por excelência, na ambiência do Direito Constitucional, sendo decorrência lógica de tal conexão a constatação no sentido de que a Constituição constitui um esforço de normatização do político, logo, a existência de uma Corte com função de aplicar suas normas, naturalmente atrai para sua jurisdição a possibilidade mais ou menos intensa de verificação jurisdicional de questões com forte conteúdo político. É próprio da Constituição, de conseguinte será próprio da jurisdição constitucional, o enfrentamento de questões que, juridicizadas no texto constitucional, originariamente são políticas[3].

Adotada uma abordagem sistêmica, seria adequado pensar em termos de que a relevância da distinção entre *lícito* e *ilícito* no Estado de Direito se volta para o

[3] A utilização expressão *questões políticas* é referida aqui ao sentido a ela atribuída por Norberto Bobbio, a partir do pensamento de Aristóteles: "O CONCEITO DE POLÍTICA. *O significado clássico e moderno de política*. Derivado do adjetivo de *pólis* (*politkós*), significando tudo aquilo que se refere à cidade, e portanto ao cidadão, civil, público e também sociável e social, o termo "*política*" foi transmitido por influência da grande obra de Aristóteles, intitulada *Política*, que deve ser considerada o primeiro tratado sobre a natureza, as funções, as divisões do Estado, e sobre as várias formas de governo, isto é, de reflexão, não importa se com intenções meramente descritivas ou também prescritivas (mas os dois aspectos são de difícil distinção), sobre as coisas da cidade. Ocorre, assim, desde a origem, uma transposição de significado do conjunto de coisas qualificadas em um certo modo (ou seja, com um adjetivo qualificativo como "político") para a forma de saber mais ou menos organizado sobre esse mesmo conjunto de coisas: uma transposição não diferente daquela que deu origem a termos tais como física, estética, economia, ética e, por último, cibernética" (BOBBIO, 2000, p. 159).

sistema político (no qual vigora a distinção entre *poder* e *não-poder*) e nele se reproduz, implicando subordinação de todas as decisões políticas ao direito, ao direito constitucional sobretudo, caracterizando-se assim a interdependência dos sistemas político e jurídico, uma vez que também este daquele depende na medida em que se constitui em larga medida da normatização controlada e deliberada desde as instâncias políticas (NEVES, 2006, p.89). A constituição, no momento contemporâneo, deve, portanto, ser entendida como *acoplamento estrutural*[4] entre política e direito, pois possibilita influências recíprocas e interpenetrações permanentes entre os dois sistemas sociais autônomos – política e direito, sendo ao mesmo tempo causa e consequência da diferenciação funcional entre eles existente (NEVES, 2006, p. 97). Decorrência direta disso é a possibilidade de utilização de parâmetros eminentemente jurídicos – sistema constitucional de controle de constitucionalidade – para a verificação e atribuição de validade ou invalidade da produção normativa pelas instâncias políticas. Ao mesmo tempo, nem por óbvio se deixe de mencionar expressamente, tais critérios jurídicos (formais e materiais) de aferição da validade da produção normativa são estabelecidos pela própria instância política quando positiva um texto constitucional.

Todas essas questões estão implicadas na temática da separação dos poderes. Nas palavras de Bruce Ackerman - em obra na qual critica o sistema constitucional norte-americano quanto às relações entre o Congresso, o Judiciário e o Poder Executivo - a divisão de poderes é uma boa ideia, mas inexiste razão para supor que os autores clássicos como Montesquieu e Madison tenham esgotado sua bondade nas abordagens que realizaram (ACKERMAN, 2007, p.124). É inegável, portanto, que o advento do assim denominado *neoconstitucionalismo*, explorando as possibilidades de aperfeiçoamento e adequação às realidades e contingências

[4] Conforme Marcelo Neves: "É imprescindível que haja vínculos estruturais que possibilitem as interinfluências entre diversos âmbitos autônomos de comunicação. A esse respeito, Niklas Luhmann, com base na teoria biológica de Humberto Maturana e Francisco Varela, desenvolveu o conceito sociológico de acoplamento estrutural. Esse acoplamento serviria à promoção e filtragem de influencias e instigações recíprocas entre sistemas autônomos diversos, de maneira duradoura, estável e concentrada, vinculando-os no plano de suas respectivas estruturas, sem que nenhum desses sistemas perca a sua respectiva autonomia. Os acoplamentos estruturais são filtros que excluem certas influências e facilitam outras. Há uma relação simultânea de independência e de dependência entre os sistemas acoplados estruturalmente. As estruturas de um sistema passam a ser, mediante os acoplamentos estruturais, relevantes e mesmo indispensáveis à reprodução das estruturas de um outro sistema e vice-versa" (NEVES, 2009, p. 35).

contemporâneas, tenha expandido largamente as hipóteses de que decisões proferidas no âmbito da jurisdição produzam resultados políticos, sobretudo no campo das políticas públicas por meio de toda uma jurisprudência referida aos direitos fundamentais, dando lugar a um redesenho das fronteiras entre a esfera de atuação do legislador e aquela do julgador (HIRSCHL, 2007, p. 169).

Em suma, na ambiência do neoconstitucionalismo surgido depois do segundo pós-guerra mundial dá-se a constitucionalização do ordenamento jurídico, fenômeno esse considerado por Riccardo Guastini como caracterizado pela necessária presença de condições sem as quais não se verifica: (i) a existência de uma Constituição rígida, escrita, na qual exista sua garantia contra a ação erosiva da legislação ordinária, é dizer: supremacia constitucional; (ii) a existência da garantia jurisdicional da Constituição, é dizer: controle jurisdicional de constitucionalidade; (iii) prevalência da ideologia jurídica da força vinculante da Constituição; (iv) a *sobre interpretação* constitucional, que requer dos órgãos da jurisdição uma atitude pró interpretação extensiva da Constituição, a fim de que sua normatividade recubra também os espaços relativamente aos quais inexistentes normas constitucionais expressas; (v) a aplicação direta das normas constitucionais, passando a Constituição a ser compreendida não apenas como um documento voltado à limitação do poder dos governantes, mas também como produtora de normatividade apta a modelar as relações sociais, sobretudo no que diz com as normas programáticas e demais princípios constitucionais definidores dos fins e funções do Estado; (vi) a interpretação das leis conforme à Constituição; e, (vii) a influência da Constituição sobre as relações políticas, que sempre vai depender do texto constitucional propriamente dito e do *disign* institucional que configura, da atitude dos membros do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional - seja ela em concreto ou em abstrato, como é possível no contexto brasileiro (GUASTINI, 2005, p. 50-8).

Para além disso, também o escrutínio do específico *design* institucional adotado no texto constitucional (GINSBURG, 2012) não apenas no que diz respeito diretamente com a separação de poderes em vigor no sistema constitucional vigente, mas também quanto às normas que disciplinam o controle jurisdicional de constitucionalidade são de suma importância para que se possa com clareza

delimitar o espaço de atuação dos poderes constituídos[5]. Uma Constituição na qual sejam incorporados mecanismos contramajoritários joga um papel muito importante tanto na definição quanto na manutenção da democracia constitucional (ALBERTS; WARSHAW; WEINGAST, 2012, p. 71-5), sendo esse, inegavelmente, o *desing constitucional* que caracteriza o momento contemporâneo. A existência de uma Corte Constitucional destinada a realizar a tarefa de garantia jurisdicional da Constituição é capaz de prover a proteção difusa da democracia constitucional, assegurando a observância dos direitos fundamentais, não apenas limitando o pode estatal para evitar violações, mas também dirigindo-o para garantir a respectiva promoção e o efetivo exercício por parte da cidadania. Esse quadro, claramente, amplia o espaço da jurisdição. Os papeis desempenhados pela Constituição como compromisso básico, e pela Corte Constitucional como responsável pelo respeito e cumprimento desse compromisso, são relevantíssimos para o estabelecimento de uma democracia estável, caracterizando-se, em última análise, como mecanismos que sustenta negociações de compromissos confiáveis essenciais para a autoaplicação e proteção da democracia (ALBERTS; WARSHAW; WEINGAST, 2012, p. 95).

Atentos a esse conjunto de considerações, pela expressão judicialização da política designamos o fenômeno sócio-jurídico-político consistente em uma transformação estrutural da separação dos poderes com a superação da concepção vigente no âmbito do modelo do Estado liberal de Direito, resultante em uma considerável ampliação do espaço ocupado pela jurisdição em razão do correspondente aumento de tarefas constitucionalmente atribuídas ao Poder Judiciário com o estabelecimento do Estado Democrático de Direito, comprometido que é com a definição constitucional de um especifico modelo de democracia, com sua preservação e com a garantia da efetividade dos direitos fundamentais.

[5] A propósito do *constitutional design* Tom Ginsburg refere: "In contemporary practice, constitutional systems usually originate with bold acts of purposive institutional design, embodied in a founding document for the polity. These designs involve borrowing, learning, and accommodation, but the they also involve moments of creative innovation and experimentation. Gathering together disparate elements from the real or mythical national past and the varied experience of their polities, constitution makers produce a document to structure government and express fundamental values" (GINSBURG, 2012, p. 1).

O fenômeno da Judicialização da política, assim concebido, pode ser entendido como comportando duas subespécies, quais sejam a judicialização da política *estricto sensu* e a judicialização da política *latu sensu*. O que é comum às duas modalidades aqui propostas de judicialização da política é que a ocorrência do fenômeno é sempre consequência da impossibilidade concreta de solução de problemas referidos à efetivação de imposições constitucionais por parte do, por assim dizer, universo político constituído pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo. Essa afirmativa, claramente, importa dizer que a judicialização da política é sempre consequência do funcionamento inadequado dos poderes que operam na dimensão política do fenômeno constitucional, com a consequente busca de solução no âmbito do Poder Judiciário que atua na dimensão técnico-jurídica do fenômeno estatal.

Por judicialização da política *estricto sensu* propomos se deva entender aquela situação em que se conjugam dois fatores. O primeiro deles é o ajuizamento de demanda judicial tendo por objeto controvérsia fundada em questão que, tendo evidente conteúdo jurídico-constitucional, é igualmente dotada de conteúdo político no sentido de referir-se ao regular funcionamento dos Poderes da República naquilo que diz com a prática de seus atos políticos – assim entendidos por afetarem a todos quantos vivem na polis -, as respectivas delimitações e responsabilidades tal como constitucionalmente regulado. O segundo dos fatores necessários à configuração da situação de judicialização da política *estricto sensu* é o reconhecimento pelo Poder Judiciário da viabilidade de ser a questão submetida à sua apreciação, admitindo o processo e decidindo sobre o respectivo mérito. Dessa fenômeno é exemplo o ocorrido no Reino Unido no episódio do *Brexit* em que a primeira-ministra Theresa May pretendeu que a Rainha, exercendo a prerrogativa real informasse à União Europeia que o Reino Unido estava se retirando do bloco, ao invés de submeter a questão ao Parlamento. O que se seguiu foi que seis meses após à realização do referendo consultivo, levada a questão à Suprema Corte, esta decidiu que a proposta da primeira-ministra da utilização da utilização da prerrogativa real pela Rainha violava diretamente o princípio constitucional da soberania do Parlamento (ACKERMAN, 2022, pp. 46-50). No contexto brasileiro é exemplo marcante dessa subespécie de judicialização da política, que enveredou para o ativismo judicial o

processo político-eleitoral relativo à fidelidade partidária (FANTINEL, 2022), que teve, ademais, caráter disruptivo ao, em conjunto com a derrubada da cláusula de barreira, induzir a proliferação de novos partidos (VIEIRA, 2018).

Em sentido amplo, a judicialização da política ocorre sempre que são decididas pelo Poder Judiciário questões propostas em demandas que digam respeito ao cumprimento de direitos de status constitucional, é dizer, direitos fundamentais, sejam elas referentes à formulação legislativa de políticas públicas constitucionalmente adequadas para a salvaguarda e efetividade dos direitos fundamentas. Tais situações tanto podem ser referentes à formulação de politicas públicas pelo Poder Legislativo, quanto à respectiva execução por parte do Poder Executivo. Essa situação tanto pode se dar no âmbito das demandas individuais (para fornecimento de medicamentos, vagas em escolas, creches, etc.) quanto em demandas coletivas com os mesmos objetos caracterizadoras de processos estruturais.

2.1. ORIGEM HISTÓRICA

O momento histórico que se seguiu ao final da Segunda Guerra Mundial foi marcado pela concomitância de um conjunto de condições históricas que propiciaram o surgimento do neoconstitucionalismo com a possibilidade de judicialização da política, que dele decorre e lhe é inerente (CARBONELL, 2005, p. 9).

As constituições do segundo pós-guerra mundial se caracterizam, dentre outras peculiaridades, pelo esforço no sentido de recompor o antagonismo entre democracia e constitucionalismo, uma vez que elaboradas pelo poder constituinte originário e, sobretudo, com indesmentível pretensão de se situarem acima do legislador ordinário, constituindo uma compreensão contemporânea de *democracia constitucional* vocacionada para a obtenção de um justo equilíbrio entre o princípio democrático, de um lado e, de outro, os limites da política fixados a partir da força normativa da constituição por intermédio, sobretudo, do controle de constitucionalidade (FIORAVANTI, 2007, pp.163-4). Como ensina Fioravanti, esse equilíbrio ainda recente e instável, se submete a uma forte tensão decorrente dos

efeitos que tal modelo de constituição projeta sobre as relações entre os sujeitos que jogam o papel de protagonistas de tal equilíbrio – de um lado o parlamento, os governos e os partidos, de outro os sujeitos da garantia jurisdicional da Constituição, é dizer, os juízes e, sobretudo, as Cortes Constitucionais (FIORAVANTI, 164).

A despeito do constitucionalismo não se caracterizar como uma doutrina fixa, antes se constituindo em um conjunto de atos e fatos tanto políticos quanto culturais de longo curso em produção contínua e permanente (ZAGREBELSKY *et al*, 2015, p.186), pode-se afirmar que a reconstrução do Estado de Direito, seus conteúdos e significados, pressupôs a ressignificação e redimensionamento da força normativa da constituição, o que teve início a partir da positivação de novos textos constitucionais dos quais são exemplos significativos tanto a Constituição italiana de 1947, quanto a da República Federal da Alemanha de 1949, a elas somando-se posteriormente a Constituição de Portugal, de 1976 e a da Espanha, de 1978. A depressão econômica do entre guerras, a fome o desemprego dela decorrente, assim como os horrores da segunda grande guerra, dentre outras causas, induziram o advento de uma segunda e mais tarde uma terceira geração de direitos fundamentais e com elas a necessidade de toda uma reconfiguração do Estado a partir da normatividade constitucional.

Definitivamente, os eventos antes mencionados permitiram uma constatação bastante clara no sentido de que as constituições deveriam assumir um papel muito mais relevante do que aquele até então desempenhado. De fato, tornou-se urgente atribuir à Constituição a tarefa de configurar os parâmetros da democracia vigente no Estado de Direito. Assim, o paradigma do Estado *legislativo* deu lugar ao do Estado *constitucional* de Direito (FERRAJOLI, 2006) com o surgimento dos novos textos constitucionais caracterizados por serem escritos, rígidos, dotados de longas cartas de direitos fundamentais nas quais imediatamente acrescidos os de segunda geração aos da primeira, prevendo a existência de instituições às quais atribuída a garantia e efetivação de tais direitos, tais como Corte Constitucional, Ministério Público, Defensoria Pública etc. (FREITAS, 2022, p. 124 e ss.).

Emerge da confluência de vários elementos marcantes daquele momento histórico uma concepção de constituição que, nas palavras de Konrad Hesse - conquanto ordem jurídica fundamental da comunidade na medida em que define os

elementos essenciais das tarefas estatais e da unidade política, cria as bases e os princípios do sistema jurídico - se constitui de um conjunto de normas que não são nem completas nem perfeitas, sendo dotada, em seu conjunto, de intensa amplitude e indeterminação, mas no que dispõe normativamente sobre determinados campos, o faz em termos de criar um núcleo estável daquilo que se deva considerar decidido, estabilizado (HESSE, 2013b). Mas a constituição também delimita, de modo vinculante, aqueles espaços da ordem jurídica que não devem permanecer em aberto, sendo eles exatamente os fundamentos da ordenação da comunidade que, dessa forma, resultam subtraídos das disputas legislativas pelas maiorias ocasionais que produzem o direito infraconstitucional, de caráter ordinário, criando em tais normas constitucionais, de conteúdo material, um núcleo estável insuscetível de ser submetido à decisão do legislador ordinário (HESSE, 2013, pp. 88-89).

Esse novo modelo de constituição investe muito intensamente no papel da função jurisdicional do Estado como vetor essencial à sua efetiva concretização de molde a assegurar um modo operativo do Estado de Direito que seja efetivamente democrático.

Na teorização desse novo modelo de constituição, sobressai a obra do constitucionalista Konrad Hesse, utilizando-se de categorias essenciais como a *força normativa da constituição*, que obtém por meio de um acontecer de sua normatividade, no qual têm destacada relevância a função jurisdicional do Estado, ambiência na qual se dá preponderantemente a *práxis constitucional* (HESSE, 2013, pp. 123-146). Neste modelo, que será sumarizado a seguir, o papel desempenhado pela jurisdição – tanto constitucional, na efetivação do controle de constitucionalidade, quando ordinária na realização da interpretação das normas infraconstitucionais conforme à Constituição - na concretização da normatividade constitucional é essencial, sendo a ampliação de seu âmbito de atuação não apenas um pressuposto relevantíssimo, pois *conditio sine qua non*, mas também uma consequência induzida pela possibilidade de judicialização de demandas com fundamento direto na norma constitucional.

2.2 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Questões constitucionais não são originariamente questões jurídicas, antes, são questões de natureza política, mas o neoconstitucionalismo, ao induzir o surgimento de novos textos constitucionais caracterizados pela normatização de realidades antes estranhas ao universo do direito dotou-as também de natureza jurídica. A possibilidade de ordenação jurídica (constitucional) da realidade depende se norma e fato forem considerados em sua relação marcada pelo signo das recíprocas trocas de influência. Tratou-se de romper a separação radical entre *ser* e *dever ser* no campo do direito constitucional, sob pena de ter-se ou a norma ausente de qualquer elemento de realidade, ou a realidade esvaziada de quaisquer elementos normativos. Essa realidade brutal era tudo o que não se desejava ao final da Segunda Guerra Mundial. Por isso que uma Constituição não pode reduzir-se apenas à expressão de um ser (realidade social), mas também incorpora pretensão de eficácia que imprima ordem e conformação à realidade politica e social (HESSE, 2013, p. 128-9). A força normativa da Constituição se torna viável na medida em que seja capaz de concretizar sua pretensão de eficácia, cujas possibilidades e limites resultam da relação entre a Constituição jurídica e a realidade na qual inserida (HESSE, 2013, p. 130). Na síntese de Hesse: "*Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas*" (HESSE, 2021, p. 132).

A força normativa da Constituição se extrai da conjugação de seu conteúdo normativo, a denominada Constituição jurídica, com a práxis constitucional que depende da *vontade de constituição*, assim entendida a compreensão da necessidade de cumprimento das tarefas impostas por suas normas, e, igualmente, da consciência de que as normas constitucionais se assentam na singular realidade do presente (HESSE, 2013, p. 131-3).

É facilmente perceptível que em um modelo de Estado comprometido com a efetividade dos direitos fundamentais, sendo estes estatuídos em normas que demandam a elaboração legislativa de políticas públicas pelo legislador e sua atuação pelo administrador, sob pena de considerável redução da efetividade daqueles direitos, fatalmente o não cumprimento satisfatório dos mandamentos constitucionais, nomeadamente aqueles estatuídos em normas jusfundamentais,

desague no Poder Judiciário. Forçoso é concluir que a judicialização da política é fenômeno estrutural que, permitindo a judicialização de questões atinentes ao cumprimento das normas constitucionais, altera consideravelmente as fronteiras entre os campos de atuação da jurisdição, atribuindo-lhe legitimidade constitucional para decidir questões que, na ambiência do anterior modelo de Constituição, de Estado por ela configurado e de Direito a partir dela existente, ou eram resolvidas no âmbito da legislação e da administração ou permaneciam insolúveis.

2.3 O MÉTODO CONCRETIZANTE E A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Parte considerável da força normativa da constituição advém da hermenêutica constitucional preconizada por Konrad Hesse, caracterizada pela obstinada vocação para a concretização das normas constitucionais. Conforme o constitucionalista da Universidade de Freiburgo, a concretização da norma constitucional somente é possível com a consideração e o emprego das condições da realidade que se pretende ordenar com a norma (HESSE, 1998, p. 50). No contexto do neoconstitucionalismo, caracterizado pela centralidade Constituição, a interpretação tem importância decisiva em virtude da abertura e amplitude da Constituição que induz a maior ocorrência de problemas de interpretação, circunstância ampliada pela existência de jurisdição constitucional que interpreta com efeito vinculante as normas constitucionais (HESSE, 19998, P. 54) – mais ampliada ainda, pode-se afirmar, no contexto brasileiro em que convivem a jurisdição constitucional em abstrato, concentrada no STF, e aquela efetivada em concreto, por qualquer juízo ou tribunal.

Efetivamente, é a interpretação conforme à Constituição o veículo que conduz pela capilaridade da jurisdição a compreensão do intérprete último do texto constitucional acerca de seus significados, permitindo, com isso, que efetivamente se estabeleça uma prática de reconhecimento e garantia da supremacia da Constituição, dela fazendo uma *práxis* concreta.

Ocorre que casos há em que a Constituição não contém uma norma expressa estabelecendo critérios unívocos, ou seja, inexiste claramente uma decisão

constitucional prévia, mas apenas pontos de apoio normativo para que o intérprete/aplicador possa tornar determinado o comando constitucional realizando uma atividade criadora de atribuir um sentido à norma, mas não totalmente livre, e sim vinculada aos enunciados normativos dos princípio constitucionais (HESSE, 1998, p. 60). Assim, a concretização da norma constitucional pressupõe um entendimento do conteúdo da norma a ser aplicada, o qual não prescinde da pré-compreensão que tenha o intérprete da norma e do problema a ser por ela resolvido (HESSE, 1998, p. 61), onde o conhecimento da Teoria da Constituição é condição de possibilidade da compreensão da norma e da compreensão do problema a ser solucionado pela respectiva aplicação (HESSE, 1998, p. 63).

Na senda da concretização da Constituição, a hermenêutica preconizada - considerando Hesse que a Constituição não contém um sistema concluído e uniforme, lógico-axiomático de valores, não podendo, portanto, a interpretação de suas normas consistir na assimilação de algo dado e determinado, eis que sempre dependente da contribuição que o intérprete vai haurir na realidade histórica e no problema a ser resolvido pela norma – deve seguir um procedimento que realiza um avanço tópico, normativamente vinculado e limitado, no qual são encontrados e devem ser demonstrados pontos de vista pró e contra que fundamentem a decisão de modo mais evidente e convincente possível (HESSE, 1998, PP. 63-4). Tais pontos de vista, na medida em que apresentem premissas materialmente apropriadas e férteis, possibilitam deduções que conduzem à solução do problema ou para isso contribuam (HESSE, 1998, p. 64).

Percebe-se assim que, sendo tal metodologia comprometida com a efetiva concretização constitucional na realidade fática na qual se apresente o problema a ser resolvido, ganha relevo o papel do intérprete no apreender correta e adequadamente tanto o programa (como normatiza) quanto o âmbito da norma (o que normatiza). Sobressai nesse contexto o papel da jurisdição, por ser cada vez mais – por força da judicialização da política - no seu campo de atuação que se deve cumprir a tarefa imposta pela necessidade de determinação precisa dos comandos constitucionais.

Para além disso, o método hermenêutico concretizador, em sendo elemento essencial para a existência e realização da força normativa da Constituição, põe em

relevo o papel a ser desempenhado pelo intérprete/aplicador do direito, não como um impulso pessoal deste submetendo o sistema jurídico às suas preferências pessoais, mas como parte componente do sistema, essencial ao seu funcionamento, uma vez que o intérprete irá realizar a mediação criadora entre o texto normativo e o contexto ao qual pretende aplica-lo, uma vez que atua tanto no que refere à pré-compreensão, para a adjudicação de sentido aos enunciados normativos constitucionais; quanto na apreensão do contexto fático e na mediação que realiza entre ele e o texto e a situação à qual se aplica e, finalmente, a mediação criadora realizada pelo interprete entre o texto e o contexto (CANOTILHO, 2000, p. 1086).

Por tais razões que o fenômeno da judicialização da política, conquanto estratégia do constitucionalismo na busca de prevenir novas ocorrências dos eventos que marcaram a Segunda Guerra Mundial, caracteriza-se como estrutural ao operar um notável alargamento na função jurisdicional do Estado para possibilitar, embora não em termos absolutos, o escrutínio da atuação dos demais poderes, sobretudo na elaboração legislativa e na execução administrativa de políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos fundamentais.

3. ATIVISMO JUDICIAL

Fenômeno diverso da judicialização da política, quanto à origem e na sua fenomenologia, é o ativismo judicial, muito embora se possa dizer que ambos apresentem consequência similar, já que em ambos se percebe uma ampliação do âmbito da função jurisdicional do Estado. Ademais, na dinâmica que se estabelece no Estado contemporâneo, hipóteses em que ocorre a judicialização da política naturalmente favorecem a possibilidade da prática do ativismo judicial porque fragilizam os limites entre os campos de atuação do Poder Judiciário de um lado e, de outro, dos Poderes Legislativo e Executivo. Entretanto, é imperioso notar que originariamente, o ativismo judicial em nada tem a ver com o fenômeno da judicialização da política. Isso porque, como se pretende sumariamente inventariar, na origem do denominado ativismo judicial nos USA está o que se poderia denominar ativismo político, uma vez que as iniciativas que levaram a um incremento do campo

de atuação da jurisdição se deram no âmbito do Poder Executivo relativamente à iniciativa e do Poder Legislativo, relativamente à aprovação de textos legislativos, que, de resto, nos primeiros tempos encontrou forte resistência da Suprema Corte.

É dizer, no nascimento, a postura tida como ativista era aquela dos juízes da Suprema Corte que adotavam atitude de deferência ao legislador ao considerar constitucionalmente legítima a legislação do *New Deal*. Postura essa diametralmente oposta ao que se considera contemporaneamente como exercício de ativismo judicial no contexto brasileiro, no qual é considerada como ativista a decisão judicial que, negando deferência ao legislador, nega vigência à norma legislada por entende-la contrária à Constituição.

3.1 ORIGEM HISTÓRICA

Como se sabe, a primeira utilização da expressão ativismo judicial de que se tem registro ocorreu com a publicação, na revista norte-americana Fortune, volume XXXV, n. 1, na edição de janeiro de 1947, do artigo de Arthur M. Schlesinger Jr., intitulado *The Supreme Court: 1947* (SCHLESINGER, 1947). O texto descreve as posições dos juízes da Suprema Corte tendo por critério considerarem compatível com a Constituição as normas da legislação intervencionista do *New Deal*, ou, mantendo a compreensão do período do devido processo legal substantivo econômico, considerar inconstitucional aquela legislação. A partir de tal critério, na época, a composição da Suprem Corte se dividiria em: (i) um grupo denominado ativista (*The judicial activists*), favorável a considerar constitucional a legislação voltada ao bem-estar social proposta pelo Presidente Franklin Delano Roosevelt introduzindo o denominado *New Deal*[6]; era a denominada ala Black-Douglas, ligada

[6] "In 1932 the Democratic Presidential candidate Franklin D. Roosevelt swept to victory over the Republican incumbent, Herbert Hoover. FDR offered a middle-of-the-road approach to the depression through what he called a "New Deal for America." This program embraced certain social welfare assumptions, including the idea that government have a positive duty to provide a minimum floor for the well-being of its citizens. FDR enjoyed broad support from Democratic Congress as well as from the busines community, which realized that something had to be done to restore economic confidence. In an effort to do so, FDR created an alphabet soup of a agencies. The President successfully urged Congress to pass legislation to create the Securities and Exchange Commission (SEC) to oversee Wall Street and the Tennessee Valley Authority (TVA) to promote economic development in the poverty-stricken Tennessee River Valley. He pushed Congress to pass the Glass-Steagall Act to guarantee

à Yale School of Law, composta pelos juízes Hugo Black, Bill Douglas, Frank Murphy e Wiley B. Rutledge (SCHWARTZ, 1995, p. 246-9); (ii) um outro grupo (ala *Frankfurter-Jackson*), nas antípodas do primeiro, caracterizado por posição favorável à autocontenção judicial (*The champions of self-restraint*) composto pelos Juízes Felix Franckfurter, Robert Jackson e Harold Burton, defendendo um exercício mais contido da jurisdição, sobretudo, no que refere à intervenção estatal na economia. Na condição de fiéis da balança, no centro, na posição de *swing-voters*, Schilesinger identifica o Chief Justice Vinson e o juiz Reed compunham um *tertius*.

Como a Constituição norte-americana não contém direitos fundamentais da segunda geração, mas apenas aqueles da dimensão de defesa estatuídos em suas primeiras dez emendas, a interpretação preponderante era, de longa data, no sentido de que afrontavam a Constituição normas infraconstitucionais que caracterizassem formas de intervenção do Estado na esfera privada dos cidadãos, sobretudo em questões de natureza econômica, assim como aquelas que fragilizassem as liberdades individuais e a proteção à propriedade privada. Daí a alcunha de ativistas aos juízes da Suprema Corte que julgavam compatíveis com a Constituição o conjunto de leis que introduziu o *New Deal* no país. Mas, veja-se, ser ativista não era negar vigência a uma norma infraconstitucional por incompatível com a Constituição, mas, pelo contrário, afirmar a constitucionalidade da norma infraconstitucional instituidora de verdadeiros direitos fundamentais sociais prestacionais, senão em todos, nas imensa maioria dos casos – como o primeiro deles, a seguir mais minudentemente analisado. Por tais razões é que nos Estados Unidos o ativismo é associado ao reconhecimento jurisdicional e atribuição de efetividade aos direitos fundamentais, mas não com aplicação direta da Constituição aos casos sob julgamento.

---

bank deposits and the Agricultural Adjustment Act (AAA) to subsidize farmers and prop up commodity prices. The New Deal put people to work on public projects through the Work Progress Administration (WPA) and then provided unemployment insurance and old-age pensions through the Social Security Act (1935). The most controversial New Deal measure was the National Industrial Recovery Act (NIRA). The act was intended to regulate vast areas of business and labor that had previously been untouched. The NIRA not only broke down many of the traditional lines blocking government involvement in the economy, but it also shifted significant authority from Congress to the President and through him to a new administrative agency, the National Recovery Administration (NRA)" (HALL; PATRICK, 2006, p. 85).

Tenha-se em consideração que a jurisprudência da Suprema Corte ficou conhecida, durante todo um período que vai de 1900 a 1936, como sendo a do *substantive due process of law* (PEREIRA, 2005). O estabelecimento do devido processo legal substantivo caracterizou-se como um modo do constitucionalismo norte-americano controlar a atuação do legislador, limitando as possibilidades de afetação estatal desvantajosa aos direitos fundamentais à propriedade, à privacidade e à liberdade autorizada por lei (PEREIRA, 2005, p. 163). Dai porque o devido processo legal ser considerado não apenas em seu aspecto adjetivo, mas também e sobretudo na dimensão substantiva, robustecendo-se com o surgimento de teorias hermenêuticas que se contrapunham à concepção originalista conservadora (PEREIRA, idem).

Lawrence Tribe, reconhece que o principal obstáculo à interpretação da cláusula do devido processo legal de modo a tornar a previsão da Décima Quarta emenda uma proteção às liberdades substantivas era sua linguagem claramente procedimental (TRIBE, 2008, p. 1332). Refere Tribe, entretanto, haver um razoável argumento histórico favorável na circunstância de que com relação à expressão "devido processo" seguida da expressão "legal", por volta de 1868 se reconhecia que o significado era *substantivo*; podendo-se argumentar, inclusive, que mesmo quando a Quinta Emenda foi ratificada (em 1791), a expressão *devido processo* era largamente compreendida como tendo conteúdo substantivo (TRIBE, 2008, p. 1333). Para além disso, Tribe assevera que em 1855 as decisões da Suprema Corte tratavam como implícito na cláusula do devido processo estabelecida na Quinta Emenda o requisito de que para ser qualificada como "lei", a produção legislativa teria de possuir conteúdo apto a atender requisitos substantivos e de racionalidade, de não opressão e imparcialidade (TRIBE, idem).

Assim é que, no julgamento do caso *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.*, em 1855, a Suprema Corte descreveu o devido processo legal como '*...uma restrição aos poderes legislativo, executivo e judiciário do governo, que não pode ser interpretada de forma a deixar o Congresso livre para tornar qualquer processo 'devido processo legal', por sua mera vontade'* [7]. Na sequência, no

[7] 59 U.S. (18 How.) 272 (1855).

julgamento do célebre caso *Dread Scott v. Sandford*, a Suprema Corte considerou a cláusula do devido processo legal da Quinta Emenda como "...*impondo limites substantivos à legislação congressual*[8]. A partir dos anos 1890 a jurisprudência da suprema Corte afirmou a cláusula do devido processo legal como uma proteção substantiva de importantes direitos contra a discriminação pelo governo federal e contra atos arbitrários do governo em qualquer nível (TRIBE, 2008, p. 1334). A cláusula do *devido processo* da Quinta Emenda (aplicável ao governo federal) foi então interpretada para incluir um princípio implícito de proteção igualitária tal como se encontra explícito na cláusula de *igual proteção* da Décima Quarta Emenda (aplicável aos Estados) (TRIBE, 2008, P. 1335).

O devido processo legal, pois, de início, firmou-se como meio de proteção à liberdade contratual privada, mesmo porque o documento conhecido como pré-*Bill of Rights* contemplava a determinação de que nenhum Estado poderia aprovar qualquer lei que prejudicasse as obrigações assumidas em contratos (TRIBE, 2008, p. 1335). Em 1905, em decisão sobremaneira importante na afirmação do devido processo legal substantivo como parâmetro de proteção da liberdade contratual, e, portanto, como vetor econômico da proteção às liberdades individuais, a Suprema Corte julgou o caso *Lochner v. New York*[9], considerando inválida lei estadual que estabelecia o máximo de 10 horas de trabalho diário e 60 horas semanais para os trabalhadores na atividade de padeiro (TRIBE, 2008, p. 1345). O que ressalta aqui é a afirmação de um devido processo legal substantivo econômico, no sentido da proteção da liberdade contratual considerada como sobreposta à vontade do legislador, porque não constitucionalmente autorizada a intervenção estatal no campo da autonomia privada dos contratantes (RAMOS; TAVARES, 2016, p. 1089-90). Dessa forma, foi forjada uma robusta tradição jurídica assentada na interpretação econômica da Constituição que condicionava a validade do direito infraconstitucional.

A decisão que marcou o princípio do fim da doutrina do devido processo legal no campo econômico, já referida, ocorreu em 1937, quando a Suprema Corte julgou

---

[8] 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).
[9] 198 U.S 45.

o caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish*[10], tendo por objeto a discussão acerca da inconstitucionalidade de uma lei do Estado de Washington que fixava salário mínimo para mulheres (PEREIRA, 2005, p.203; HALL; PATRICK, 2006, p. 88-90). O caso *West Coast Hotel v. Parrish* demarcou o fim da era do devido processo legal substantivo econômico, o que foi possível a partir da mudança de voto dos juízes Hughes e Roberts. Elsie Parrish, fora camareira do Cascadian Hotel na cidade de Wenatchee (Washington), recebendo 12 dólares por 48h semanais de trabalho; pela legislação estadual ela deveria receber no mínimo 14,50 dólares por semana. Até então, a Suprema corte se utilizava de um fator exógeno ao texto constitucional para interpretar a Constituição - o liberalismo econômico - e a partir dele realizava o controle de constitucionalidade invalidando a legislação intervencionista do *New Deal*. Leis com conteúdo similar tiveram sua aplicação rechaçada em sucessivas decisões judiciais sob o fundamento de serem consideradas inconstitucionais.

No entendimento de Kermitt Hall e John Patrick, o impacto da decisão da Suprema Corte no caso foi imenso ao manifestar a deferência à regulação econômica estatal, a ela se seguindo, duas semanas depois, a decisão do caso *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corporation* (NLRB – Lei Nacional de Relações Trabalhistas), que garantia aos trabalhadores o direito de se organizarem em sindicatos e proibia aos empregadores de demitirem-nos por o terem feito (HALL; PATRICK, 2006, p. 90). Em ambos os casos, a Suprema Corte superou seu entendimento de longa data para julgar constitucionais as leis que produziam intervenção estatal em relações de natureza econômica.

Foi no contexto criado na sequência de tais acontecimentos representativos de uma mudança quanto à interpretação da Constituição norte-americana e, de conseguinte, da compreensão sobre ser constitucional ou não lei que autorizasse intervenção estatal que Arthur Schlesinger Jr., escreveu e em 1947 publicou seu artigo denominando *judicial activists* àqueles juízes da Suprema Corte que em suas decisões possibilitaram a vigência da legislação intervencionista que caracterizou o *New Deal*.

---

[10] 300 U.S. 379 (1937).

Note-se que, de fato, o ativismo não fora propriamente da Corte, mas sim das iniciativas do Poder Executivo com a aprovação do Poder Legislativo. Releva perceber que o ponto nodal para que se considere ativista a postura intervencionista decorre não de um elemento jurídico constante expressamente do texto da Constituição norte-americana, que, de resto, incorpora em suas emendas apenas alguns dos direitos fundamentais da dimensão de defesa, passando ao largo daqueles de cunho social prestacional. A partir desse modelo positivado desde 1787 e com o acréscimo das emendas à Constituição criara-se um critério hermenêutico desde fora do universo jurídico, cristalizado no dogma da não-intervenção estatal na atividade econômica, salvo raras exceções. Verdade é que aquela Constituição não permite expressamente a intervenção estatal, eis que editada em 1787 quando o constitucionalismo ainda não cogitava de direitos sociais prestacionais, e, quanto a algumas situações veda expressamente – afetação desvantajosa da liberdade individual, do direito de propriedade e das posições jurídicas delas derivadas.

O ponto explorado por Schlesinger é o potencial conflito entre a legislação que, imagina ele - de cunho restritivo àqueles direitos inseridos na legislação na época do *New Deal* - provavelmente viria a ser produzida a partir de então por um Congresso de maioria republicana e a predominante visão intervencionista que então se havia instalado na maioria da Suprema Corte[11].

Seja como for, a criação de direitos não se deu como resultado exclusivo da atuação da Suprema Corte norte-americana, mas sim pela iniciativa legislativa do Poder Executivo, com aprovação pelo Poder Legislativo e sua compreensão como não violadora da Constituição a partir da decisão do já mencionado caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish*. É dizer: o ativismo foi resultado da deferência do julgador para com o legislador.

---

[11] Arthur Schlesinger Jr. conclui seu artigo dessa forma, que se afigura tanto elogiosa no que refere ao passado recente, quanto esperançosa com relação ao futuro: "This Court's achievements have already been impressive in its accommodation of the Constitution to current needs, in its affirmation of the power to govern, and in its vigilance to protect the rights of individuals and minorities. The conflict on the Court, if it can be restrained from intellectual and personal extremes, may lead to a debate in the most fruitful tradition of American political thought. The tension between self-denial and activism is a historic element in our judicial system. Its wise resolution could easily make this Court, with its remarkable abilities and its agreement on a wide range of constitutional fundamentals, one of the great creative Courts of history."

3.2 DESIGN CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

É manifesta a relevância da existência do que alguma doutrina denomina *arcabouço constitucional* que, estabelecendo tanto a existência de procedimentos destinados ao controle jurisdicional de constitucionalidade quanto de um catálogo de direitos para que haja um considerável incremento de situações em que o Poder Judiciário é chamado a se pronunciar sobre uma cada vez mais ampla gama de questões (HIRSCHL, 2020, pp. 290-1).

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo *design* institucional tanto para o Poder Judiciário no que refere especificamente ao modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade que consolidou e ampliou, quanto no que diz respeito ao Ministério Público, alterando significativamente o seu perfil ao atribuir-lhe, a par da titularidade da ação penal pública, funções e instrumentos processuais de atuação como titular do direito de ação buscando a tutela judicial dos direitos coletivos e individuais indisponíveis.

Tais mudanças - aliadas à circunstância de situar definitivamente a Constituição brasileira na família das constituições europeias, dirigentes, do tipo plano de governo - foram disruptivas no que refere às funções dos poderes de Estado impactando na separação de poderes, notadamente quanto ao papel do Poder Judiciário, acolhendo integralmente a doutrina da *força normativa da Constituição* e deslocando para a jurisdição o eixo essencial da efetivação dos direitos fundamentais em generosa medida contemplados em seu texto.

No que refere ao Poder Judiciário, relativamente a questões implicadas com a separação dos poderes e, de conseguinte, os respectivos limites de atuação, é bem de ver que a previsão de uma extensa carta de direitos fundamentais na qual se incluem aqueles constantes do catálogo[12], aqueles expressos na Constituição, mas fora do catálogo[13], e, sobretudo, aqueles que a própria Constituição menciona não se excluírem de sua proteção pela circunstância de não virem nela expressamente enumerados (GAVIÃO; FREITAS, 2020), amplia sobremaneira o campo de atuação da

---

[12] Art. 5º a 17 da Constituição de República.

[13] Como, por exemplo, o relevantíssimo direito à liberdade de iniciativa econômica constante do art. 170, parágrafo único e o não menos relevante direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, estatuído no art. 225, *caput*.

jurisdição em uma realidade social marcada pelas desigualdade de natureza econômica e, como tal, pela não implementação dos direitos de natureza social prestacional constitucionalmente prometidos. Avulta neste contexto a função que implicitamente se atribui à jurisdição constitucional na tarefa de realizar a interpretação e fundamentação para a afirmação das normas jusfundamentais não diretamente estatuídas (GAVIÃO FILHO; FREITAS, 2020, p. 255). Ademais disso, a Constituição contempla considerável gama de direitos fundamentais de natureza social, relativamente aos quais ressalta a natureza prestacional que demanda para além de prestações normativas, o estabelecimento de organizações e procedimentos a nível estatal destinadas à sua efetividade (FREITAS, 2007, p. 55-6). Tais direitos dão origem a um sem número de posições jurídicas que colocam seus titulares na condição de poderem exigir do Estado a efetivação das respectivas prestações em demandas judiciais (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 37-47).

Para além disso, a vigente Constituição Federal ampliou largamente o espaço da jurisdição constitucional ao estatuir expressamente uma até então inexistente modalidade de inconstitucionalidade no contexto do direito positivo pátrio. Referimo-nos obviamente à inconstitucionalidade por omissão, que se resolve, conforme seu texto expresso, mediante o ajuizamento do mandado de injunção[14] na busca da tutela jurisdicional a direito subjetivo individual ou coletivo, exceto aquele de natureza difusa, ou, com o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão [15], visando a proteção do ordenamento jurídico objetivamente considerado. Em ambas as hipóteses, como é pueril observar, mas imperativo para o desenvolvimento das ideias que aqui se alinham, a solução oferecida pelo sistema constitucional positivado consiste na submissão ao Poder Judiciário da análise da inação do agente normatizador que, por ter se omitido, inviabiliza o efetivo exercício de direito contemplado na Constituição.

Vértice outro, o *design* institucional do Ministério Público, cujo perfil, funções e instrumentos de atuação vêm configurados na normatização constante entre os artigos 127 e 130-A da Constituição da República[16] produziu considerável impacto

---

[14] BRASIL, Constituição Federal, art. 5º, LXXI.
[15] BRASIL, Constituição Federal, art. 102, I, ‘a' c/c art. 103, § 2º.
[16] O Ministério Público norte-americano não tem previsão constitucional, conforme lecionam Cibele Benevides Guedes da Fonseca, Lia de Souza Siqueira Correio e Diaulas Costa Ribeiro Correio: “De

na atuação jurisdicional. De fato, a par de exercer a titularidade da ação penal pública, como sempre o fez não apenas no Brasil, mas em termos planetários, a vigente Constituição atribuiu ao Ministério Público o perfil de instituição incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis[17]. Para o cumprimento de suas atribuições a Carta da República disponibilizou ao Ministério Público além do monopólio da promoção da ação penal pública, a promoção da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos ou coletivos[18]. Novamente, cuida-se de platitude afirmar, mas é imperativo que se o faça, em ambos os casos o Ministério Público que emergiu da Constituição Federal de 1988 cumpre sua missão institucional, embora não exclusivamente, mas em larga medida ajuizando ações perante o Poder Judiciário.

Completa o quadro da ampliação do campo de atuação do Poder Judiciário a previsão constitucional da instituição da Defensoria Pública[19], com a incumbência constitucionalmente atribuída da defesa judicial, em todos os graus, dos direitos individuais e coletivos dos necessitados. É dizer, a generosa previsão de direitos fundamentais é acompanhada da existência de instituições legitimadas à busca de sua tutela jurisdicional, acrescida da norma constante da Constituição Federal, art. 5º, § 1º - que estabelece o dever de proteção aos direitos fundamentais ao atribuir aplicação imediata às normas *jusfundamentais*.

A Constituição norte-americana não contempla a existência do Ministério Público nem da Defensoria Pública, órgãos que, em larga medida, exercem suas funções institucionais ajuizando processos perante o Poder Judiciário para a garantia da efetividade dos direitos fundamentais, como no Brasil.

---

acordo com o *Judiciary Act* de 1789, criou-se a figura do Procurador-Geral da República (*U.S. Attorney General*). Para atuar em cada estado, representando o U.S. *Attorney General*, houve a previsão de nomeação de uma pessoa de notável saber jurídico para atuar como promotor de justiça dos Estados Unidos (uma espécie de promotor Federal ou Procurador da República) em cada tribunal distrital da federação. O nomeado deveria jurar ou declarar, solenemente, que desempenharia com fidelidade sua função, cujo dever seria o de processar, em tal distrito, todos os criminosos e contraventores, com jurisdição segundo a autoridade dos Estados Unidos, e todas as ações civis nas quais os Estados Unidos pudessem ter interesse."

[17] BRASIL, Constituição Federal, art. 127, *caput*.
[18] BRASIL, Constituição Federal, art. 129, incisos I e III.
[19] BRASIL, Constituição Federal, art. 134, *caput*.

4. ESTADO DA ARTE NO CONTEXTO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

O objetivo essencial que se pretende atingir no presente tópico diz respeito à identificação, diferenciação e delimitação, o mais precisa possível, dos campos em que ocorrem a judicialização da política e o ativismo judicial, tendo em vista a ambiência do direito constitucional brasileiro. Nesse esforço, como ponto de partida, com fundamento na análise histórico-jurídica retro sumariada, é correto compreender o ativismo judicial como a *atitude pessoal de instrumentalização do Direito à vontade do intérprete* (NEVES, 2023, p. 27), e a judicialização da política como o *fenômeno estrutural de ampliação do campo de atuação do Poder Judiciário, em razão do compromisso do Estado Democrático de Direito com a efetivação dos direitos fundamentais decorrente do incremento da força normativa da Constituição*.

Tate e Vallinder, em obra coletiva voltada à análise global da expansão do Poder Judiciário, traçam interessantes considerações acerca de como tem se dado o exercício da jurisdição pelo menos por parte dos juízes federais norte-americanos, referindo a ocorrência de decisões exigindo que Estados-membros reformulem suas políticas relacionadas à educação, à saúde mental, à justiça juvenil, prisões e outras áreas (TATE; VALLINDER, 1995, p. 2). Considerada a Constituição norte-americana, por evidente que tal atuação jurisdicional caracteriza impulso pessoal do julgador violador da separação de poderes – ativismo judicial.

As mesmas situações analisadas a partir da moldura da Constituição brasileira não se poderia, em sã consciência, qualificar como ativismo judicial, mas sim como judicialização da política.

Veja-se, o tema da educação, a par de ser direito fundamental social prestacional estatuído no art. 6º da CF, havida como direito de todos e dever do Estado CF, art. 205) vem detalhadamente regrado nos arts. 205 a 214, sendo digna de nota a disciplina do art. 212 que, ao estabelecer reserva de orçamento dos entes públicos para a educação, determina que, anualmente, a União Federal aplique não menos de 18% de seus recursos, devendo os Estados, Distrito Federal e Municípios direcionarem, anualmente, não menos de 25% da receita resultante dos impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. Ademais, merecem destaque as previsões constitucionais quanto a

distribuição das competências administrativas na organização do sistema nacional de ensino, assim como aqueles de natureza conteudística, fixando, em linhas gerais, parâmetros relativamente ao conteúdo da educação que deve ser ministrada. A Constituição norte-americana não trata do assunto, nem mesmo existe o direito fundamental à educação previsto no texto respectivo. Especificamente sobre o tema da educação, relativamente ao que devem oferecer os estabelecimentos de ensino, o STF já teve oportunidade de decidir pela inconstitucionalidade da Lei nº 2.02/2004, do Estado do Mato Grosso do Sul que tornava obrigatória a manutenção de exemplares da Bíblica, nas versões católica e evangélica, nas escolas da rede estadual e ensino e nas bibliotecas públicas. Em 22/10/2022, no julgamento da ADI nº 5256, Relator Ministra Rosa Weber, ficou assentada a inconstitucionalidade de tal obrigatoriedade tendo em vista normas expressas da CF que tanto estatuem o direito fundamental à liberdade religiosa[20] quanto o caráter laico do Estado com vedação de manter com os cultos religiosos relação de aliança[21]. Caracterizada, aqui, hipótese de judicialização da política sem ativismo judicial.

Quanto ao tema da saúde, genericamente considerada, mas que obviamente inclui a questão da saúde mental, igualmente direito fundamental prestacional social estatuído no art. 6º, recebe ele da Constituição brasileiro tratamento detalhado nos arts. 196 a 200, sendo considerado direito de todos e dever do Estado (art. 196). Também sobre a saúde as normas constitucionais brasileiras disciplinam o dever do Estado de criar organização e procedimentos por intermédio dos quais se darão as modalidades de prestação do direito fundamental em espécie. Ademais, a Constituição Federal prevê a distribuição entre os entes federados, em termos de cooperação, das funções estatais atinentes à prestação do direito à saúde. A Constituição norte-americana não trata do assunto, nem mesmo existe o direito fundamental à saúde previsto no texto respectivo. Com relação ao tema, adredemente regulado na Constituição Federal, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 03/07/2023 procedeu o julgamento do RE 684612, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Relator para o acórdão Ministro Roberto Barroso, no qual se debateu acerca dos limites das possibilidades do Poder Judiciário

---

[20] BRASIL, Constituição Federal, art. 5º, VI.
[21] BRASIL, Constituição Federal, art. 19, I.

estabelecer obrigações de fazer em política pública de saúde de Município no sentido de determinar a realização de concursos públicos a fim de prover cargos em hospital público e efetivar correções de procedimentos e irregularidades apontadas pelo Conselho Regional de Saúde. Na ocasião ficaram assentadas, em sede de repercussão geral, as seguintes teses: "*1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado; 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)*". Veja-se que, neste caso, a Corte entendeu não haver violação da separação dos poderes, leia-se ativismo judicial, em toda e qualquer intervenção do Judiciário em políticas públicas destinadas à efetivação de direitos fundamentais. É possível afirmar que o julgamento do mérito do recurso foi possível em virtude do fenômeno da judicialização da política, e, ainda, percebe-se que a Corte se houve com autocontenção ao esclarecer que a decisão não deve estabelecer medidas pontuais, mas sim apontar finalidades a serem atingidas. Por isso que, na oportunidade, o recurso extraordinário foi em parte provido para que fosse respeitado o espaço de atuação do administrador, reformando-se na decisão a parte em que laborava em ativismo judicial justamente por apontar a finalidade e desde logo impor quais meios deveriam adotados para que fosse atingida. Aqui, pois, um caso de judicialização da política sem ativismo judicial.

Não é de outra ordem, com certeza, a conclusão a que se chega relativamente à denominada justiça juvenil, assim entendida no Brasil a Justiça da Infância e da Juventude, vez que conquanto a Constituição norte-americana nada refira relativamente ao assunto, a Constituição brasileira defere tratamento meticulosamente disciplinado nos arts. 226 a 230 para os temas relativos à criança e ao adolescente, que são tratados conjuntamente com a família e o idoso. No art. 227, *caput*, vem afirmado o dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à

criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além do dever de coloca-los à salvo de toda a forma de negligencia, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão; tal dever impõe ao Estado, na dicção do § 1º deste art., o dever estatal de promover programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem mediante políticas específicas que devem atender àqueles direitos mediante criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação (inciso II). Para além disso, seu § 3º delimita a abrangência da proteção integral deferida a esse conjunto da cidadania. Toda essa disciplina, como claramente se verifica, depende da instituição legislativa de políticas públicas e de sua implementação administrativa que, uma vez mais e sempre, são passíveis de submissão ao escrutínio jurisdicional quanto à sua efetiva adequação constitucional. Na Constituição norte-americana, como dantes afirmado com relação àqueles outros temas, nenhuma disciplina consta a esse respeito.

Por fim, com atenção apenas àquelas hipóteses de ativismo judicial no contexto norte-americano referidas por Tate e Vallinder, cumpre mencionar a questão atinente aos estabelecimentos prisionais. À partida, cumpre referir que o art. 5º da CF assegura um rol de direitos fundamentais atribuídos às pessoas que se encontrem detidas em estabelecimentos prisionais, quais sejam: (i) o direito ao cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (inciso XLVIII); (ii) a garantia, aos presos, do respeito à integridade física e moral (inciso XLIX); (iii) o direito assegurado às presidiárias, de condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (inciso L). Igualmente, quanto a esta temática, a Constituição norte-americana é silente. Com referência a esse tema, deve ser mencionada a decisão do STF no julgamento do RE nº 52.591/RS, em 22/10/2009, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, na qual ficou assentado que não viola os

limites da atuação do Poder Judiciário a determinação, ao Poder Executivo, em ação civil pública movida pelo Ministério Público, da realização de obras em presídio estadual cujas precárias condições materiais são a causa de continuadas lesões a direitos humanos e fundamentais dos detentos. No mesmo sentido, a Segunda Turma do STF, no julgamento do habeas corpus coletivo 143.641/São Paulo, em 20/02/2018, concedeu o direito à prisão domiciliar às mulheres presas preventivamente, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mãe de crianças de até 12 anos de idade ou de pessoas com deficiência, dadas as condições materiais precárias dos presídios brasileiros, Relator Ministro Ricardo Lewandowski.

No contexto brasileiro, todos estes temas comportam discussão judicial, sem implicar, necessariamente, ativismo judicial e, de conseguinte, violação à separação dos poderes, uma vez que se tratam de questões constitucionalizadas na qualidade de direitos fundamentais dos sujeitos que vivem sob a ordem constitucional brasileira, aos quais correspondem deveres fundamentais do Estado.

Com relevância imensamente superior à jurisprudência do STF acima sumariamente mencionada - porque dizendo respeito a qualquer política pública, portanto mais abrangente e pressuposta na compreensão defendida no sentido da possibilidade de discussão judicial das hipóteses de incumprimento das imposições constitucionais - foi o julgamento da Ação Cível Originária nº 3.508/DF, na qual discutida a realização do censo demográfico em 2021. Na ementa da decisão monocrática proferida em 21/05/2023, Relator Ministro André Mendonça, ficou assentado que a Corte reconheceu que a inércia da Administração Pública em organizar, planejar e executar o Censo Demográfico do IBGE produz graves consequências para a formulação, atualização e acompanhamento de políticas sociais, além de manter inalteradas – ou desatualizadas – informações que influenciam intensamente no rateio do Fundo de Participação dos Estados – FPE e do Fundo de Participação dos Municípios – FPM, cuidando-se, portanto, de omissão de ação estatal que, realizada, forneceria subsídios demográficos necessários para a formulação e execução de políticas públicas, verificando-se, no caso, hipótese de redução da discricionariedade do gestor público por se tratar de políticas públicas das quais dependem a preservação da autossuficiência dos Estados da Federação e a efetividade de ações de combate à pobreza. Nesta fundamentação aqui

sumarizada, percebe-se claramente a compreensão no sentido de que a realização periódica do Censo Demográfico é absolutamente indispensável para, com base nos resultados por ele apresentado, realizar-se não apenas a partilha dos recursos fiscais arrecadados pelos entes federados, mas também para a elaboração e execução de políticas públicas que outra coisa não são do que modos de efetivação dos direitos fundamentais. Em se tratado, portanto, do que se trata, o mérito acerca da realização ou não do censo não recai na disponibilidade da administração pública, cuidando-se de imposição constitucional cujo cumprimento se impõe. Nesta hipótese, novamente caracterizada situação identificável como judicialização da política, vez que não solucionada no universo político (Legislativo e Executivo) de modo adequado à Constituição a questão relativa à realização do censo demográfico, foi ela judicializada e mereceu do STF decisão que garantiu o cumprimento da CF.

A decisão de não realizar o Censo Demográfico recai na denominada por Luigi Ferrajoli *esfera do não decidível que não* (FERRAJOLI, 2007, p. 822-48), uma vez que já decidido, em nível constitucional, que incumbe ao Estado o dever de proteção dos direitos fundamentais e o cumprimento de tal tarefa se dá com a formulação e execução de políticas públicas e, estas, somente serão constitucionalmente adequadas se e quando tiverem por base dados da realidade concreta que são colhidos, no contexto brasileiro, no Censo Democrático.

CONCLUSÃO

A despeito de compreensões teóricas construídas a enfoques diversos daquele que no presente texto foi o viés adotado, são possíveis algumas conclusões. A primeira delas é que a judicialização da política decorre, portanto, de dois fatores, um estrutural que diz respeito ao modelo do estado democrático de direito ao qual corresponde o neoconstitucionalismo que, de sua vez, proporciona o alargamento estrutural do âmbito de atuação do poder judiciário e, de outro lado, do inadequado funcionamento do sistema político. Assim, pode-se dizer, a possibilidade de em alguma medida ocorrer a judicialização da política foi a estratégia adotada, a partir do continente europeu, após a Segunda Guerra Mundial. Assim, o mau

funcionamento da dimensão política do Estado, é dizer, Legislativo e Executivo que levou a violações sistemáticas dos direitos humanos fundamentais, foi e é a causa eficiente para o surgimento do fenômeno da judicialização da política.

Em sendo assim, decisões judiciais proferidas no campo da judicialização da política não necessariamente implicam violação da separação dos poderes, mas podem conduzir à sua ocorrência, sempre que iniciativa pessoal do julgador funcionalizar a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico às suas compreensões e preferências pessoais.

Isso porque a judicialização da política rompe a rigidez da separação dos poderes, tal como era entendida no Estado Liberal de Direito, uma vez que pressupõe a ampliação do campo de atuação da jurisdição e, ao fazê-lo, torna mais vulneráveis os limites entre o âmbito de atuação da política e o do Direito.

Afigura-se, por tais razões, inaplicável a países com texto constitucional como o Brasil a compreensão de Hirschl, segundo a qual ocorre uma *intromissão* do Judiciário nas prerrogativas do Legislativo e do Executivo (HIRSCHL, 2020, p. 291) considerando especificamente os casos do Canadá, Nova Zelândia e África do Sul e seus respectivos *arcabouços constitucionais* possibilitando a expansão das fronteiras da atividade dos tribunais (HIRSCHL, 2020, p. 290), mesmo, como o próprio autor refere, sendo esse fenômeno algo que se possa esperar em países cujos textos constitucionais adotaram declarações de direitos e o controle de constitucionalidade. Ora, a contradição parece evidente ao afirmar-se, de um lado, que as Constituições daqueles países possibilitaram a ampliação das fronteiras da atividade jurisdicional, e, de outro, dizer que a jurisdição comete intromissão na política. No contexto brasileiro, obviamente que delimitado pela Constituição da República, mas mesmo no caso dos países mencionados pelo autor em questão, ou quaisquer outros cujo ordenamento constitucional se assemelhe, não se pode falar de *intromissão* da jurisdição, com a conotação negativa que tal expressão veicula, uma vez que é a própria Constituição de impõe a atuação do Judiciário em áreas que, no passado já longínquo do Estado Liberal de Direito, eram reservas aos Poderes Legislativo e Executivo e tanto a respectiva opção por atuar ou não atuar, quanto a de atuar desta ou daquela maneira, não eram constitucionalmente regradas. No contexto contemporâneo, a Constituição não deixa escolhas. Ver esse fenômeno

como *intromissão*, tida certamente como indevida, da jurisdição em determinados assuntos, é olhar o novo com olhar velho que insiste em acomodar a realidade a um modelo que não mais subsiste.

Por outro lado, o ativismo judicial é fenômeno completamente diverso, somente sendo comparável à judicialização em razão de que em consequência de sua ocorrência se dá uma ampliação do âmbito de atuação da jurisdição estatal, mas aqui causada por impulso pessoal do legislador que ultrapassa os limites constitucionalmente traçados para sua atuação, importando violação da separação dos poderes. A judicialização da política é causada pela crise de funcionamento do sistema político e vai-se buscar a respectiva solução na jurisdição que se acha constitucionalmente autorizada a processá-la e dar solução ao seu mérito. A judicialização da politica configura, ademais, solução sistêmica que a Constituição oferece para crises operacionais do sistema político, permitindo buscar na jurisdição solução que preserve a supremacia da Constituição.

No ativismo judicial a crise ocorre exclusivamente no âmbito da jurisdição, e sempre ocorre com ofensa à Constituição por violação da separação dos poderes tal como nela configurada.

Poderá ocorrer o fenômeno da judicialização da política sem que ocorra ativismo judicial, e em tal circunstância será legítima a atuação da jurisdição. Poderá haver judicialização da política e, como consequência de sua ocorrência, também ativismo judicial, hipótese em que o julgador terá ido além do campo constitucionalmente ampliado por aquele fenômeno e incorrer na violação da separação dos poderes. Poderá, por fim, ocorrer hipótese de ativismo judicial em circunstância totalmente diversa, independente e autônoma da judicialização da política.

Nesse quadro, importa ressaltar que a pura e simples judicialização da política, seja *estricto sensu*, seja *lato sensu*, não implica ativismo judicial por não violar a separação de poderes tal como constitucionalmente positivada. De outro ângulo, o ativismo judicial sempre implicará atuação ilegítima da jurisdição, porque realizada fora de seu âmbito de atuação constitucionalmente demarcado.

Resulta evidente que a Constituição do Estado Democrático de Direito, como a vigente no Brasil, convoca a jurisdição a jogar um papel de maior protagonismo,

sobretudo no controle da formulação legislativa e execução administrativas de políticas públicas, se comparado o contexto jurídico nacional com aquele configurado num texto constitucional editado em 1787, como é o caso dos Estados Unidos.

Com todas as vênias, a abordagem que aqui se apresentou tem por objetivo superar o que se poderia denominar negacionismo estrutural, a fim de se evitar análise teórica que deixe de considerar a realidade estabelecida a partir do texto constitucional vigente no Brasil, e opere categorias teóricas alienígenas com base em uma estrutura normativa inexistente no contexto nacional. É necessário que o trato do tema considere os marcadores expressamente positivados na Constituição da República, sob pena do negacionismo estrutural tornar inviável o acesso à realidade nacional constitucionalmente configurada.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

ACKERMAN, Bruce. **La nueva división de poderes**. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 2007.

ACKERMAN, Bruce. **Constituições Revolucionárias**. São Paulo: Contra Corrente, 2022.

ALBERTS, Ausan; WARSHAW, Chris; WEINGAST, Barry R. **Democratization and Contrtamajoritarian institutions. Power and Constitutional Design in Self-Enforcing Democracy**, in GINSBURG, Tom (editor), **Comparative Constitutional Design**. New York: Cambridge University Press, 2012, pp. 69-100.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política. A Filosofia Política e as Lições dos Grandes Clássicos** (organizado por Michelangelo Bovero). Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, 20ª reimpressão.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

CARBONELL, Miguel. **Nuevos Tiempos Para El Constitucionalismo**. In: CARBONELL, Miguel (editor). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2ª ed., 2005, pp. 9-12.

FANTINEL, Alexsandra Ramos. **Judicialização da Política. O processo politico-eleitoral e fidelidade partidária no Brasil (1988-2008)**. São Paulo:Dialética, 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoria del diritto e della democraziaa. 1. Teoria del diritto**. Roma-Bari: Laterza, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Lo Stato di diritto fra passato e futuro**. In: **Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica**. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (a cura di). Firenze: Feltrinelli, terza edizione, 2006, pp. 349-386.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constituicion. De la Antigüedad a Nuestros Días**. Madrid: Trotta, 2007.

FONSECA, Cibele Benavides Guedes da; CORREIO, Lia de Souza Siqueira; CORREIO, Diaulas Costa Ribeiro. **Ministério Público dos Estados Unidos da América: Uma Análise das Atuações Federal e Estadual**. Brasília: Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário, v. 11, nº 2, p. 119-151, Jul-Dez, 2016.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Supremacia da Constituição e Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2022.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

GARAPON, Atoine. **O Guardador de Promessas. Justiça e Democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires; FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais Estatuídos Não Diretamente ou Direitos Implícitos**. Curitiba: Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, V. 25, n. 3, set./dez. 2020.

GUASTINI, Riccardo. **La "Constitucionalización" del Ordenamiento jurídico: El Caso Italiano**. In: CARBONELL, Miguel (editor). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2ª ed., 2005, pp. 40-73.

HALL, Kermit L.; PATRICK, John J. **The Pursuit of Justice. Supreme Court Decisions That Shaped America**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

HESSE, Konrad, **A força Normativa da Constituição**. In: **Konrad Hesse. Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 123-146.

HESSE, Konrad. **Conceito e Peculiaridade da Constituição**. In: **Konrad Hesse. Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 73-100.
HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**. **The origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge and London: Harvard University Press, 2007.

NEVES, Isadora **Ferreira**. **Atvismo Judicial e Judicialização da Política. Três perguntas fundamentais para uma distinção**. São Paulo: Jvs Podium, 2023.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O Princípio do Devido Processo Legal Substantivo**. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2005.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; TAVARES, Regina Lúcia Gonçalves. **Pela Mão do Devido Processo Legal Substancial: A Suprema Corte e a Consolidação do Constitucionalismo Lassez-Faire**. Curitiba: Revista Brasileira de Teoria da Constituição, 2016, jul/dez, pp. 1085-1107.

SCHWARTZ, Bernard. **A History of the The Supreme Court**. Oxford: Oxford University Press, 1995.

SCHLESINGER JR., Arthur M. **The Supreme Court: 1947**. *Fortune*, Nova York, v. 35, n. 1, p. 73-212, jan. 1947.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Editors). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York and London: New York University Press, 1995.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law. Volume One**. New York: Foudation Press, 2000, third eddition.

VIEIRA, Oscar Vieira. **A Batalha dos Poderes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria; PALLANTE, Francesco. **Lineamenti di Diritto costituzionale**. Milano: Le Monnier, 2ª ed., 2015.

20. O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO COMO VALOR UNIVERSAL[1]

 https://doi.org/10.36592/9786554600668-20

Marcos Augusto Maliska[2]

Introdução

Ainda que hoje, com algumas exceções, haja uma certa convergência para sistemas políticos que procuram se legitimar no chamado constitucionalismo, dentro desse espectro é possível se observar a existência de divergências quanto à sua estrutura mesma como Estado de Direito, a sua vinculação com a democracia e ao entendimento do que seja democracia.

O constitucionalismo, no entanto, não anda apartado da democracia, pois um depende do outro. Não há regime democrático, no qual os direitos assegurados na Constituição não sejam respeitados. Por outro lado, as regras estabelecidas na Constituição não devem eliminar a autonomia do sistema político de fazer escolhas e tomar decisões que estejam assentadas em compromissos políticos. Identificar os limites constitucionais dessa liberdade política talvez seja hoje a tarefa mais difícil no estudo desse assunto.

Há legítimos questionamentos sobre os excessos do direito sobre a política, bem como da política sobre o direito. Talvez seja possível explicar esses excessos pela falta de consensos sobre o papel do constitucionalismo e o sentido de democracia.

Essa constatação demostra claramente que os tempos não estão fáceis para o Direito Constitucional. Há uma permanente tensão que vai além daquela inerente a todo regime constitucional. A profundidade das divergências transforma essa tensão em algo que tem o condão de provocar abalos estruturais. Esses abalos promovem

---

[1] O presente texto é uma versão em português da palestra proferida em espanhol sob o mesmo título no *Segundo Encuentro America Latina – Europa del Este sobre Derecho Constitucional*, realizado em Pachuca, no México, entre os dias 15 e 17 de maio de 2023.

[2] Professor de Direito Constitucional do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia – Mestrado e Doutorado, do UniBrasil Centro Universitário, em Curitiba-PR. Procurador Federal.

reações que, diante da gravidade dos acontecimentos, também reagem em igual proporção frente à ameaça que representam.

Diante desse cenário, o presente texto pretende abordar o conceito de constitucionalismo democrático como um valor universal. Trata-se da defesa de um modelo de sistema político assentado na garantia de direitos e na ampla participação política. Esse constitucionalismo democrático deve dar respostas às questões trazidas pelo tema da relação entre Constituição e pluralismo.

O texto está estruturado em três tópicos. Inicialmente, aborda-se a relação entre constitucionalismo e democracia, buscando, em rápida síntese, compreender como ambos os conceitos se desenvolveram. Em um segundo momento, enfrenta-se o tema da crise da democracia no ocidente tentando se entender as razões pelas quais hoje se fala em crise da democracia. Por fim, encerra-se a abordagem com a defesa do constitucionalismo democrático como valor universal, argumentando-se que o constitucionalismo democrático pode ser um instrumento de reencontro da cidadania, do espaço público democrático aberto a todos.

1. A relação entre constitucionalismo e democracia

Por constitucionalismo se pode fazer referência à ideia de um sistema político assentado em normas, sejam elas escritas ou consuetudinárias. Essa ideia se consolidou, na idade moderna, a partir das revoluções americana e francesa. No entanto, é possível identificar essa definição de constitucionalismo na antiguidade e no período medieval como um modo de organização política ideal da sociedade, presente tanto nas formas de governo de Aristóteles, como na República de Platão e na Cidade de Deus de Santo Agostinho.[3]

O constitucionalismo do período medieval se caracterizou pela afirmação de costumes e tradições como regras de organização política. No constitucionalismo medieval inglês, por exemplo, o rei não estava limitado pela vontade do "povo", em seu sentido moderno, mas pelo consentimento dos senhores feudais, tanto no acordo com o soberano por meio da lei régia, como nos pactos de vassalagem

[3] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 45.

celebrados no interior dos domínios feudais.[4] Nesse sentido, a *Magna Carta Libertatum*, subscrita pelo Rei João Sem Terra e os barões "na mais estrita tradição feudal, em que às partes, reciprocamente, impõem-se direitos e obrigações".[5]

O constitucionalismo moderno surge, propriamente, nos Estados Unidos da América com a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, a qual serviu de modelo, pelo menos em seus traços essenciais, para a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Há que considerar, igualmente, a experiência constitucional inglesa, que quase um século antes, 1689, estabeleceu o *Bill of Rights*.[6]

A busca por um sentido próprio para o conceito de Constituição fica amplamente demonstrada no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa de 1789, no qual consta que a "sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição". Na leitura de Sarlet, "a era do constitucionalismo moderno, desde o paradigma das constituições escritas elaboradas pelos Estados norte-americanos (...) atingiria o início de sua escalada, quando da promulgação, na França, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, cujo famoso art. 16 esboçava o novo conceito de constituição (...)".[7]

A ideia de constitucionalismo como um sistema político assentado em normas, passa a encontrar na Constituição o documento que funda o sistema político moderno. Na Constituição constam as normas que organizam os poderes estatais e os limitam em nome dos direitos dos cidadãos.

Esse constitucionalismo estava longe de ser democrático. Para Sarlet, "as exigências do ideário liberal-burguês foram delineadas na Declaração de Direitos, documento jurídico que representava ao mesmo tempo um manifesto contra a sociedade hierárquica e os privilégios da nobreza, muito embora estivesse longe de poder ser considerado um libelo em prol de uma sociedade democrática e

---

[4] PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Ed. UNB e Finatec, 2008, p. 52.

[5] PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana*, p. 37.

[6] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, p. 47-48.

[7] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, p. 55.

igualitária".[8] Nesse sentido, vale lembrar o que escreve James Madison no Artigo 63 de "O Federalista" acerca da distinção entre a América e outras repúblicas na história, consistente no princípio da representação. A essência da republicana americana consistiria "na total exclusão do povo, como coletividade, de qualquer participação"[9] no governo.

A força civilizatória simbólica do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é vista na história constitucional brasileira. A Constituição do Império do Brasil de 1824, que estabeleceu um sistema político monárquico que vigorou por grande parte do Século XIX, foi a primeira Constituição no mundo a estabelecer a garantia de direitos fundamentais. [10] A Constituição também positivou, em conformidade com o novo sentido de Constituição dado pela Declaração de Direitos de 1789, um sistema de divisão de poderes, ainda que além dos três tradicionais poderes, incluísse um quarto, o Moderador, exercido pelo Imperador, chave de toda a organização política, segundo o art. 98 da Carta Política[11], bem como convivesse com um sistema econômico escravocrata que, na prática, implicava na negação, para significativa parcela da população brasileira, dos direitos reconhecidos no texto constitucional.[12]

---

[8] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, p. 55.

[9] MADISON, James. Número LXIII. Maior exame da organização do Senado no tocante à duração do mandato de seus membros, in. MADISON, James; HAMILTON, Alexander e JAY, John. *Os Artigos Federalistas – 1787-1788 – Edição Integral*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 407-408.

[10] CUNHA, Alexandre Sanches. *Todas as Constituições do Brasil – Edição Comentada*. Campinas: Bookseller, 2001, p. 17.

[11] Uma abordagem da recepção do conceito de Poder Moderador no Brasil a partir do discurso político monarquiano, encontra-se em LYNCH, Christian Edward Cyril. O Discurso Político Monarquiano e a Recepção do Conceito de Poder Moderador no Brasil (1822-1824), *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 48, n. 3, 2005, p. 611 a 654. Segundo o autor, há uma ambiguidade jurídico-doutrinária em torno do Poder Moderador que refletiu no texto constitucional de 1824, o qual passou a comportar duas leituras. "Na primeira, de cunho ultraliberal, o Imperador figurava apenas de árbitro do sistema constitucional, ao passo que, na segunda, monarquiana, o chefe de Estado era apresentado como o eixo de toda a atividade governamental. Essa dualidade estaria na raiz das tensões do pensamento político brasileiro, tradicionalmente premido entre um modelo liberal, mas oligárquico, e outro autoritário, mas modernizador". (p. 612)

[12] Sobre a relação entre o liberalismo da Constituição de 1824 e a escravidão, escrevem Mezzaroba e Castro que "o mesmo liberalismo consignado na Constituição do Império do Brasil, de 1824, era capaz de reproduzir, internamente, uma ordem escravocrata e, externamente, uma ordem fundada numa divisão internacional do trabalho, onde o Brasil se posicionava como fornecedor de produtos primários para a industrialização inglesa. Esse o ponto nodal da argumentação: o discurso liberal foi amplamente utilizado, em todo o mundo, naquele momento histórico, para justificar a escravidão, enquanto os argumentos contrários a ela sempre se valeram de teorias de tipo intervencionista (...)".

A partir do artigo 16 da Declaração Francesa de 1789 o constitucionalismo irá encontrar em uma Constituição escrita, que disciplina a separação dos poderes e estabelece um rol de direitos fundamentais, o seu conteúdo essencial. No entanto, é importante registrar que, sob o ponto de vista de uma análise concreta da pessoa humana que se encontrava por detrás do "Homem", formalmente referido na Declaração Francesa de 1789, tinha-se uma figura do sexo masculino, branco, heterossexual, nacional e proprietário, ou seja, se tratava de uma figura abstrata que se concretizava em uma pessoa muito singular, excluindo todas as outras do reconhecimento político.

Sob o ponto de vista econômico, quando Marx designou o Estado de sua época como uma associação de burgueses, a realidade concreta que o rodeava demonstrava claramente que o Estado era uma associação de círculo restrito, destinada a poucas pessoas, somente aquelas que tinham propriedade e renda anual superior a determinado valor. A grande maioria do povo não tinha acesso ao Estado e ao sistema político.[13]

Em decorrência das profundas transformações sofridas ao longo do Século XIX, essa realidade foi se transformando e modificações importantes foram sendo implementadas. Sob o ponto de vista do processo eleitoral, as principais alterações foram, ainda durante o Século XIX, o fim do voto censitário (voto vinculado à titularidade de propriedade ou renda anual mínima) e o direito de voto das mulheres (já no Século XX).[14]

As mudanças também foram sentidas na transformação do papel do Estado, daquilo que se passou a chamar de constitucionalismo social. Assim, o elitismo do constitucionalismo liberal deu lugar ao constitucionalismo social, que deu base à

Os autores lembram que nos Estado Unidos, os Estados do Sul apelaram para os argumentos do *laissez-faire* para justificar a escravidão, enquanto que o norte apelou para a intervenção para estabelecer um mercado de trabalho livre. MEZZAROBA, Orides e CASTRO, Matheus Felipe de. História do Direito Constitucional Brasileiro: a Constituição do Império do Brasil de 1824 e o sistema privado escravocrata, *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 13, n. 2, Mai-Ago, 2017, p. 108.

[13] Ver MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. Die deutsche Ideologie. In. MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *Werke* – Vol. 3. Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED. Berlin: Dietz Verlag, 1959, p. 62.

[14] Sobre o impacto do sufrágio universal, da ampliação da democracia, vale ressaltar a observação de Coutinho quanto às preocupações de Friedrich Engels, ao fim da vida, "com as novas condições que a conquista do sufrágio universal (da ampliação da democracia) colocava ao movimento operário socialista". COUTINHO, Carlos Nelson. A Democracia Como Valor Universal, *Encontros com a Civilização Brasileira*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979, p. 33.

chamada social democracia, um sistema político intermediário entre o capitalismo e o comunismo, no qual se preservam as liberdades de propriedade e de empreender, porém se atenta aos direitos fundamentais sociais (trabalho, educação, saúde, previdência, etc.) e ao papel do Estado na condução da política macroeconômica com o objetivo de impulsionar o crescimento econômico e a estabilidade financeira. Na análise de Bercovici, "com o advento do Estado Social, governar passou a não ser mais a gerência de fatos conjunturais, mas também, e, sobretudo, o planejamento do futuro, com o estabelecimento de políticas de médio e longo prazo. Com o Estado social, o *government by policies* vai além do mero *government by law* do liberalismo".[15] Segundo ainda o autor, "o Estado Social fundamenta e consolida a unidade política materialmente, tornando-se o *locus* da luta de classes. Sua função, geralmente, é de mediador, tentando buscar a integração social com base em um mínimo de valores comuns. Não há, portanto, o desaparecimento da luta de classes, mas a criação de meios que garantam que ela não irá, necessariamente, se degenerar em um confronto aberto".[16]

A universalização do direito ao voto e a ampliação dos serviços públicos visando a garantia de direitos básicos, aproximaram o constitucionalismo da democracia, pois possibilitaram que segmentos da população, com pouca representatividade, pudessem se organizar e melhor defender os seus interesses. As transformações ocorridas, no entanto, não se deram ao acaso. A transição do constitucionalismo liberal ao constitucionalismo social se deu após a Primeira Guerra Mundial.[17] O período entre guerras vivenciou, ao lado do constitucionalismo, experiências totalitárias que se desenvolveram no marco amplo de um Estado de Direito e Social.[18] A transição do constitucionalismo social para o constitucionalismo

---

[15] BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 51.

[16] BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*, p. 53.

[17] Sobre o Estado Social de Direito do período entre guerras, escreve Heller, em defesa de um Estado democrático, que se deve conceber o direito como condição necessária do Estado, sendo a relação entre ambos uma relação dialética, como relação necessária de esferas separadas, na qual o direito é a forma de manifestação eticamente necessária do Estado. Quanto ao papel do Estado na regulação da economia, entende o autor que ele se refere a proeminência da função política sobre a pura legalidade econômica. HELLER, Hermann. *Staatslehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1983, p. 217 e 244-245.

[18] Conforme bem assinala Silva, "o Estado de Direito, quer como Estado Liberal de Direito, quer como Estado Social de Direito, nem sempre caracteriza Estado Democrático". SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 118.

social democrático, aquilo que na Teoria do Estado se designa como transição do "Estado Social de Direito" para o "Estado Social Democrático de Direito", deu-se após a Segunda Guerra Mundial, com a vitória das democracias ocidentais. Para Silva, "a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*".[19]

A partir dos anos 1950 muitas mudanças serão observadas no campo da afirmação dos direitos com ampla repercussão no campo da política e da democracia O reconhecimento da universalidade dos direitos humanos irá legitimar a luta política de amplos segmentos da sociedade, que historicamente ficaram à margem do reconhecimento político.[20] Nesse ponto, importante registrar a distinção entre os "novos movimentos sociais" e os "antigos movimentos sociais". Enquanto esses se relacionam com a histórica luta por melhores condições de vida, ou seja, eram movimentos que tinham sua ação política centralizada na melhoria das condições econômicas, os novos movimentos sociais irão focar suas ações nas transformações sociais e culturais.[21] Assim, por exemplo, o movimento feminista irá combater a estrutura machista da sociedade. De igual forma, o movimento negro irá combater o racismo.[22]

As transformações dos anos 1950 e 60 atingiram também a Igreja Católica, que com o Concilio Vaticano II buscou aproximar a Igreja dos problemas sociais, tornando-a uma igreja mais humanizada, mais próxima à realidade das pessoas, sensível aos problemas humanos e, consequentemente, mais politizada. No contexto das transformações dos anos 1960, merece também registro a descoberta da pílula

---

[19] SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 119.

[20] Nesse sentido, é possível se falar da abertura da ordem constitucional aos direitos humanos, um processo que criou as bases normativas para a luta política de diversos segmentos da sociedade. Sobre o tema, ver MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração*. Curitiba: Juruá, 2013.

[21] GOHN, Maria da Glória. *Teorias dos movimentos sociais. Paradigmas clássicos e contemporâneos*. 4ª Ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 164 e 121-124.

[22] Segundo Gohn, "os ecos de movimentos sociais ocorridos nos anos 60 na Europa e nos Estados Unidos ainda se faziam presentes na América Latina, mas neste continente foram os movimentos populares que ganharam centralidade". GOHN, Maria da Glória. *Teorias dos movimentos sociais,* p. 214-215.

anticoncepcional, que promoveu a liberdade sexual das mulheres. Por fim, não menos importante, tem-se a conscientização da questão ambiental, que surge nos anos 1970 e é um importante fator de transformação do constitucionalismo e da sua relação com a democracia.

Essas transformações sociais encontraram fundamento normativo nos direitos humanos, promovendo sensível aprofundamento da relação entre o constitucionalismo e a democracia. Esse processo contínuo tem pressionado por mudanças e tem exigido novos comportamentos.

2. A origem da crise da democracia no ocidente

Julius Evola, um tradicionalista que se opôs ao humanismo, fez referência em seu livro, de 1961, *Cavalcare la tigre. Orientamenti esistenziali per un'epoca della dissoluzione*, a um ditado do extremo oriente, segundo o qual se você encontrar um tigre na floresta, você deve monta-lo, pois assim você não só evita que ele venha sobre você, mas, ao não cair e o manter preso, ao final, o tigre, que não pode atacar aqueles que o montam, cansará de correr.[23] Essa metáfora representa muito bem o pensamento ultraconservador no contexto da hegemonia do humanismo dos direitos humanos (que seria o tigre), que passou a reconhecer direitos e a transformar a sociedade.

A hegemonia de uma visão progressista de mundo, assentada no reconhecimento político dos diversos segmentos da sociedade, estava se desenvolvendo com oposição pontual e fragmentada de grupos ultraconservadores sem representatividade política. No entanto, a crise econômica de 2008 desencadeou uma reação bastante forte a esse desenvolvimento. Os problemas econômicos decorrentes da precarização das condições de vida nos países desenvolvidos, afloraram reações outras, relacionadas às mudanças nos costumes. Para fazer referência à metáfora de Evola, é possível dizer que o tigre cansou.

Assim, a crise da democracia tem um componente social/cultural e um componente econômico. O componente social/cultural relaciona-se com a oposição

---

[23] EVOLA, Julius. *Cavalcare la tigre. Orientamenti esistenziali per un'epoca della dissoluzione*. 5ª ed. Roma: Edizioni Mediterranee, 1995, p. 24.

ao reconhecimento político dos direitos das minorias, que deixam de ser compreendidos a partir de uma noção abstrata de cidadão, como aquele da Revolução francesa, para ser entendidos a partir de sua condição real, concreta. É nesse sentido que, tanto os direitos humanos, como a gênese dos direitos humanos, a noção de dignidade humana, são compreendidos no campo da política e do direito pelo pensamento progressista.

A ideologia que sustenta a visão de mundo ultraconservadora encontra-se no chamado "Tradicionalismo", tal como esse conceito é entendido, por exemplo, por Julius Evola, ou seja, um movimento, uma ideologia, que defende um governo pautado em princípios que transcendem o que é apenas humano e individual, sendo que cada um de seus domínios é formado e ordenado de cima para baixo.[24]

A oposição de Evola ao humanismo dos direitos humanos fica muito claro quando ele escreve que no simbolismo tradicional, considera-se o princípio sobrenatural sempre como "masculino", e o da natureza e do devir como "feminino". São equivalentes a esta dualidade a díade Céu e Terra, a polaridade do princípio uraniano e do princípio telúrico ou ctônico, imagens cósmico-simbólicas dos eternos masculino e feminino.[25]

Os sexos, assim, dividem-se idealmente em ação e contemplação: o Guerreiro (Herói) e o Asceta são, portanto, os dois tipos fundamentais da virilidade pura masculina. Em simetria com eles, também existem dois para a natureza feminina. A mulher realiza-se a si própria enquanto tal, eleva-se ao mesmo nível que o homem como Guerreiro e como Asceta na medida em que é Amante e na medida em que é Mãe. Ao se dar toda a um outro ser, de ser toda para outro ser, quer seja ele o homem amado, quer seja ele o filho, a mulher encontra o sentido da sua própria vida. De acordo com a tradição, apenas de maneira mediata, por meio das suas relações com o homem, a mulher pode entrar na ordem hierárquica sagrada.[26]

A oposição do Tradicionalismo ao humanismo encontra-se também na negação dos direitos dos homossexuais, que no contexto da tradição é considerado um desvio. Segundo Evola, em uma "sociedade em que prevaleça o igualitarismo,

---

[24] EVOLA, Julius. *Cavalcare la tigre*, p. 19.
[25] EVOLA, Julius. *A Metafísica do Sexo*. Porto: Afrodite, 1976, p. 138-139.
[26] EVOLA, Julius. *Revolta contra o mundo moderno*. Trad. José Colaço Barreiros. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1989, p. 219-220.

onde as diferenças são contrariadas, onde se favorece a promiscuidade, onde o antigo ideal do 'ser igual a si mesmo' já nada diz, numa sociedade deteriorada e materialista, é evidente que o fenômeno de regressão, e com ele a homossexualidade, estão particularmente favorecidos, não sendo mero acaso o impressionante incremento do fenômeno da homossexualidade e do "terceiro sexo" na 'democrática' época atual, o mesmo sucedendo também com as mudanças de sexo que se verificam numa medida que parece não ter tido equivalência em épocas anteriores".[27]

O Tradicionalismo é uma força política importante no mundo atual, se apresentando em diversos países sob diferentes perspectivas. Assim, o tradicionalismo na política brasileira tem características que se distinguem, por exemplo, do tradicionalismo na política dos Estados Unidos, ou mesmo do Tradicionalismo na Rússia, que também tem as suas peculiaridades.[28] O elemento comum a todos eles, é a oposição ao "sistema cultural atual do mundo ocidental", que tem destruído os valores tradicionais da sociedade. Segundo Teitelbaum, o Tradicionalismo luta "pela eternidade em vez de imaginar um futuro melhor e mais promissor".[29] Para o autor, o Tradicionalismo "declara a sociedade moderna sem sentido, com o argumento de que nossos Estados e nossas comunidades se baseiam cada vez mais apenas na economia e na formalidade burocrática, não na cultura e na espiritualidade".[30] O Tradicionalismo "implora que percebamos como o projeto liberal de progresso pode ter degradado nossas vidas sob o disfarce de avanço social; que vejamos a inteligência artificial como um estágio final da secularização e da remoção da espiritualidade do mundo; que encaremos a emancipação da mulher como um passo rumo à solidão e à confusão nascida da morte de determinados papéis sociais".[31]

No caso brasileiro, o Tradicionalismo tem um papel bastante importante na defesa da família tradicional; na terapia da Reorientação Sexual, que busca curar as

---

[27] EVOLA, Julius. *A Metafísica do Sexo*, p. 75-77.
[28] Sobre o Tradicionalismo na Rússia, capitaneado por Aleksandr Dugin; nos Estados Unidos, por Steve Bannon; e no Brasil, por Olavo de Carvalho, ver: TEITELBAUM, Benjamin R, *Guerra pela Eternidade. O retorno do tradicionalismo e a ascensão da direita populista*. Trad. Cynthia Costa. Campinas: Ed. Unicap, 2020.
[29] TEITELBAUM, Benjamin R, *Guerra pela Eternidade*, p. 249.
[30] TEITELBAUM, Benjamin R, *Guerra pela Eternidade*, p. 248.
[31] TEITELBAUM, Benjamin R, *Guerra pela Eternidade*, p. 248.

pessoas do homossexualismo; na defesa da educação tradicional, que proíbe a discussão sobre política e educação sexual nas Escolas, e que defende a educação domiciliar (*homeschooling*); no enaltecimento da figura militar, a casta guerreira, argumentando em favor da volta dos militares ao poder; na importância social, política e espiritual do papel do Pastor, a casta sacerdotal, com a defesa dos valores da religião nas políticas do Estado; na incompletude da Ciência Moderna, argumentando que a ideia ocidental de que a síntese é resultado da conclusão da análise é radicalmente falsa. Nesse aspecto, fica evidente a crítica de outro tradicionalista, o francês Renê Guénon, à ciência moderna[32], que foi bastante utilizada durante a pandemia para buscar retirar a eficácia da vacina no combate à pandemia da Covid-19.

O componente econômico é a insatisfação das classes médias que historicamente sempre apoiaram o sistema político das democracias liberais dos Estados ocidentais desenvolvidos. Ainda que seja possível registrar o colapso do sistema político partidário em período anterior, como foi o caso da Itália nos anos 1990, na época a mesma era vista como uma exceção.[33]

No entanto, analisando as abordagens sobre a crise da democracia ocidental, constata-se que a crise econômica de 2008 a impulsionou significativamente. A origem da fragilidade econômica das classes médias remonta, na análise de Guilluy do contexto francês, à crise da siderurgia nos anos 1960.[34] Iniciou-se, nesse momento, o amplo processo de desindustrialização das sociedades ocidentais, que provocou o desaparecimento da classe média e a emersão do mundo das periferias populares.[35]

---

[32] Segundo Guénon, a ideia ocidental de que a síntese é resultado da conclusão da análise, é radicalmente falsa. A verdade é que por meio da análise não se pode mais chegar a uma síntese digna desse nome, pois se trata de duas coisas que não são afeitas a mesma ordem. A metafísica é a consciência dos princípios da ordem universal, da qual todas as coisas necessariamente dependem, de modo direito ou indireto. GUÉNON René. *Oriente e Occidente.* Trad. Italiana de Pietro Nutrizio. Milão: Oriental Press, 2005, p. 45.

[33] MOUNK, Yascha. *O Povo contra a Democracia. Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. Trad. Cássio de Arantes Leite e Debora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 51.

[34] GUILLUY, Christophe. *O Fim da Classe Média. A Fragmentação das Elites e o Esgotamento de um Modelo que já não constrói Sociedades*. Trad. Alessandra Bonrruquer. Rio de Janeiro: Record, 2020, p. 31. Nesse sentido, também, Lyotard, ao datar como desse período o início da idade pós-industrial. LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 12ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009, p. vii.

[35] GUILLUY, Christophe. *O Fim da Classe Média*, p. 25.

A crise da democracia, nesse aspecto, expressa no populismo que se expande no mundo ocidental desenvolvido, é resultado das reformas econômicas iniciadas nos anos 1980.[36] A magnitude dos problemas econômicos gerados pela crise de 2008 contaminou em definitivo o sistema político democrático ocidental, promovendo profundas mudanças no funcionamento da política, com claras consequências para a estabilização da democracia.[37]

Nas últimas décadas, o Produto Interno Bruto Mundial cresceu significativamente, um bilhão de pessoas saiu da pobreza, os índices de alfabetização nunca estiveram tão altos e a mortalidade infantil diminuiu. Considerando o mundo como um todo, a desigualdade de renda também diminuiu. Mas muitas dessas melhorias se concentraram nos países em rápido desenvolvimento, como a China. Nas economias desenvolvidas, o crescimento do Produto Interno Bruto foi mais lento, sendo que em grande parte do Ocidente, em especial nos Estados Unidos, a maior parte desse crescimento foi para a elite. Consequentemente, uma grande parcela da classe média, que sempre apoiou a democracia liberal, não progrediu. No âmbito interno de quase todos os países, a desigualdade aumentou sensivelmente. Nos Estados Unidos, por exemplo, apenas 1% do crescimento total da riqueza de 1986 a 2012 foi para as famílias que compõem 90% da base da pirâmide social. Em contrapartida, 42% desse crescimento da riqueza foi para 0,1% de quem está no topo da pirâmide social.[38]

No caso brasileiro, o país viveu um grande crescimento econômico entre 1930 e 1980. Tratou-se da revolução capitalista brasileira assentada no nacional-desenvolvimentismo.[39] No entanto, com a crise dos anos 1980, o Brasil não conseguiu mais os índices de crescimento econômico do período anterior. A partir dos anos 1990 começou um amplo processo de desindustrialização com falta de

---

[36] GUILLUY, Christophe. *O Fim da Classe Média*, p. 26.

[37] Sobre as profundas mudanças no funcionamento da política nos Estados Unidos, como, por exemplo, a não observância das regras de tolerância mútua, reserva institucional e das normas constitucionais não escritas, ver LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

[38] MOUNK, Yascha. *O Povo contra a Democracia*, p. 259. Para Guilluy, "se esse modelo [das reformas econômicas iniciadas nos anos 1980] produziu a classe média na China e na Índia (e, de modo mais geral, no BRICS), ele a fez desaparecer no Ocidente". GUILLUY, Christophe. *O Fim da Classe Média*, p. 33.

[39] BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A Construção Política do Brasil. Sociedade, Economia e Estado desde a Independência*. 3ª ed. São Paulo: Editora 34, 2016, p. 10.

oportunidades para as classes médias.[40] As políticas sociais implementadas após os anos 2000 beneficiaram os mais pobres. A política de juros altos, beneficiou a elite rentista. Enquanto a boa fase da economia se manteve, sustentada pelas exportações de produtos agrícolas e matéria prima, o sistema político ficou preservado. No entanto, quando a crise chegou, a classe média, que vinha desassistida há tempo, passou a questionar o sistema político duramente.[41]

Diante desse cenário desafiador, a reflexão que se pretende desenvolver no último tópico do presente texto é a da defesa do constitucionalismo democrático como valor universal. No contexto de transformações econômicas profundas, em que a dinâmica da economia é outra, mais competitiva e excludente, e que a afirmação de direitos se coloca como em contraposição aos valores tradicionais, o constitucionalismo democrático pode ser um instrumento de reencontro da cidadania, do espaço público democrático aberto a todos. O desafio aqui é olhar para o futuro, para a construção de algo novo, e não para o passado, para o resgate de formas de vida, sociedades e participação política que definitivamente não dão respostas aos dilemas de um mundo de extrema complexidade como o atual.

3. O constitucionalismo democrático como valor universal

Por constitucionalismo democrático pode-se entender o sistema político assentado na garantia de direitos e na ampla participação política, no qual é possível a criação, entre diferentes, de um sentimento de pertencimento à mesma comunidade política.

---

[40] Na leitura de Bresser-Pereira, "a perda de dinamismo da economia brasileira [deu-se pela] grande Crise Financeira dos Anos 1980, causada pelo endividamento externo e pelo fato de que, com a abertura comercial e financeira de 1990-1992, o país perdeu a capacidade de neutralizar a doença holandesa e assim contar com uma taxa de câmbio competitiva". BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A Construção Política do Brasil*, p. 9.

[41] Em conclusão convergente com a de Christophe Guilluy, ainda que com pressupostos distintos, Bresser-Pereira relaciona "essa perda de competitividade e o baixo crescimento que passa a imperar desde então ao grave enfraquecimento da nação brasileira que a grande crise financeira causou. Perdemos, então, [diz Bresser-Pereira] a ideia de nação, algo que sempre foi fundamental para o desenvolvimento de qualquer povo [a solidariedade nacional que fala GUILLUY, Christophe. *O Fim da Classe Média*, p. 81], mas que se tornou mais estratégico ainda na era da globalização, quando a competição entre as nações ganhou uma nova dimensão". BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A Construção Política do Brasil*, p. 9.

Essa comunidade política não se relaciona com a posição de Hegel, que parte do pressuposto de que deve haver uma unidade forte entre a identidade dos indivíduos e a da universalidade que 'suprassuma' (*aufhebt*) a oposição entre subjetividade e comunidade. Ou seja, não se trata de fundar uma comunidade a partir de um sentir-se igual em razão de processos de homogeneização social, nos termos como a ideologia do nacionalismo se desenvolveu em nome do espírito do povo. Trata-se da construção de uma comunidade política assentada na "Solidariedade entre Diferentes", em uma "Nação de Cidadãos" que não se confunde com a origem comum de seus membros. A unidade dessa comunidade não decorre de uma posição ético-substancial dos cidadãos, mas surge e se desenvolve por meio da participação: o bem comum não é afirmado, mas produzido no discurso entre cidadãos livres e iguais.[42]

Nesse sentido, a comunidade política não deve ser apreendida nem como um bem puramente subjetivo e nem objetivo, mas como um bem intersubjetivo, no sentido de uma comunidade de cidadãos politicamente autônomos que a percebe como um "bem" à medida que ela lhes oferece os pressupostos institucionais e materiais para todos poderem se compreender como membros dignos de valor. A pluralidade das comunidades éticas e associativas existentes no interior do espaço da comunidade política é que preenche esse espaço e o configura numa totalidade que se encontra num processo permanente de redefinição. Assim, a disputa em torno da determinação concreta do caráter e da identidade de uma comunidade política também pressupõe a existência de tal identidade comum enquanto ponto de referência e objeto de controvérsia.[43]

---

[42] MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição*, p. 46-50. Conforme Forst, o enfrentamento do problema da "substância sem substância" de uma comunidade política solidária, ética, pluralista e responsável passa pela aceitação da distinção entre *etnos* e *demos*, entre aquilo que nos constitui por origem familiar, fenotípica, cor, religião e gênero, e o que nos obriga por meio da lei e da educação. Nesse sentido, a comunidade política não é uma comunidade ética constitutiva da identidade dos sujeitos em sua personalidade e autoimagem. FORST, Rainer. *Contextos da Justiça. Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 142-143.

[43] MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição*, p. 48-49. Nesse sentido, em complemento, como observa Forst, a comunidade política não é um bem convergente, para a qual rumam as preferências subjetivas que nela se dissolvem e também não é um bem comum imediato, como o valor da amizade, o qual é partilhado e valorizado por sua própria vantagem. FORST, Rainer. *Contextos da Justiça,* p. 143.

Ao invés de se apoiar em valores éticos comuns, a solidariedade entre os cidadãos consiste no reconhecimento recíproco como concidadãos com o direito realmente efetivo à pertença plena, isto é, à proteção da exclusão jurídica, política e social. Tem-se aqui um sistema assentado no reconhecimento político como (a) pessoa ética "diferente", (b) pessoa de direito com igualdade de direitos, (c) "coautor" do direito e (d) concidadão com o direito ao "valor" da autonomia pessoal e política. Esses elementos apresentam uma resposta ao dilema da "substância sem substância" de não vincular a cidadania às determinações e elementos ético-culturais (étnicas, religiosas, etc.) comuns e, contudo, ainda poder explicar a integração política e a solidariedade social "substantivas".[44]

A defesa do constitucionalismo democrático é a defesa de um sistema político e jurídico, em que os valores, que os diferentes grupos, que formam a sociedade, possuem, são reconhecidos como legítimos. A unidade comum dos diferentes grupos se dá pela participação cidadã, pela condição de cidadão que, ao interagir no campo maior da comunidade política, no qual a pluralidade que forma a comunidade se encontra, reconhece todos como membros dignos de participarem dessa comunidade política, não obstante as profundas divergências que possuem quanto aos valores que acreditam. Esse sistema pressupõe a existência de cidadãos livres e iguais, independentemente das suas condições biológicas, sociais, econômicas e culturais. Para a existência desse sistema político, se faz necessário subscrever o direito de todo cidadão à liberdade e à igualdade.[45]

---

[44] MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição*, p. 49. Forst faz importante observação consistente na relevância de "virtudes políticas", pois, segundo ele, se a cidadania tem de ser definida formalmente, como titularidade de direitos e não como pertença a critérios culturais, étnicos e éticos e a vida política não se constitui como uma forma específica de vida boa, isso não pode implicar na renúncia ao conceito de virtudes políticas, que não são virtudes éticas, mas virtudes liberais de tolerância e equidade, dialógicas como a disposição para a cooperação e para a argumentação e a busca do consenso com responsabilidade pela comunidade de todos os membros. Além do reconhecimento da diferença ética e da igualdade jurídica, o reconhecimento recíproco como cidadãos, diz Forst, compreende também a responsabilidade política comum. FORST, Rainer. *Contextos da Justiça,* p. 143-144.

[45] Essa afirmação não desconsidera a necessidade de justificação, que fala Forst, para que as convicções éticas dos diferentes grupos que formam a sociedade possam ter validade moral universal. Segundo o autor, "uma verdade válida 'para mim' pode reivindicar uma validade moral somente quando for possível defende-la com razões morais; a 'verdade' ética não é automaticamente 'correção moral'; para isso, uma verdade pessoal deveria ser justificada 'interpessoalmente'. Isso não significa que uma pessoa veja suas convicções éticas a partir de um observatório 'impessoal'. Ela está obrigada a dar razões 'públicas' somente no caso específico em que reivindica que suas convicções éticas tenham uma validade moral. É importante ver, aqui, que as razões suficientes para

O constitucionalismo democrático encontra no conceito de pluralismo um elemento indispensável para a compreensão da unidade e da pluralidade que envolve o respeito às diferenças e a cidadania inclusiva. O pluralismo constitucional fomenta o constitucionalismo democrático, pois cria as condições para a existência de um sistema com unidade política e diversidade, em que cada pessoa pode viver a vida que deseja, segundo os valores que acredita, compartilhando esses valores nos grupos e associações que os subscrevem. No entanto, ao compartilharem o espaço público comum da comunidade política abrangente, os membros dos diversos grupos e associações que formam a pluralidade dessa comunidade política, reconhecem que o espaço público comum, como espaço de formação cidadã, em que cada pessoa aprende a conviver com a diferença, é um espaço de respeito mútuo e tolerância, em que os valores cívicos do bem comum são compartilhados por todos.

Ao escrever sobre a democracia como valor universal, Coutinho faz reflexões sobre o sentido do conceito de universalidade que podem ajudar a fundamentar aqui a validade universal transversal do constitucionalismo democrático às ideologias políticas. Tendo como pano de fundo as discussões sobre a redemocratização brasileira iniciadas no final dos anos 1970, e o tema Socialismo e Democracia, com ênfase no desafio brasileiro, Coutinho escreve que "é verdade que o conjunto das liberdades democráticas em sua forma moderna (o princípio da soberania e da representação popular, o reconhecimento legal do pluralismo, etc.) tem sua gênese histórica nas revoluções burguesas, ou mais precisamente, nos amplos movimentos populares que terminaram (mais ou menos involuntariamente) por abrir o espaço político necessário à consolidação e reprodução da economia capitalista".[46]

No entanto, o autor pontua, acertadamente, a inexistência de identidade mecânica entre gênese e validade, fazendo referência à clássica observação de Marx,

---

responder questões éticas de uma pessoa não se tornam *per se* falsas eticamente para essa pessoa pelo fato de ela não coloca-las como base aceitável para normas universais. Isso significa apenas que existem concepções éticas diversas e que a moral não deve ser o *medium* para demonstrar a verdade ou falsidade éticas dessas concepções. Uma forma de vida não se torna falsa porque sua realização universal não pode ser exigida moralmente. Assim como as razões éticas não são necessariamente razões universais no sentido moral, também as razões morais não são suficientes para determinar a vida boa". FORST, Rainer. *Contextos da Justiça,* p. 55.

[46] COUTINHO, Carlos Nelson. A Democracia Como Valor Universal, p. 35-36.

segundo a qual, a arte de Homero não perde sua validade universal e, inclusive, a sua função de modelo, com o desaparecimento da sociedade grega primitiva que constitui a sua necessária gênese histórica.[47]

Analisando a questão sob o ponto de vista do materialismo histórico, diz Coutinho que "tanto na fase de transição quanto no socialismo plenamente realizado, continuarão a existir interesses e opiniões divergentes sobre inúmeras questões concretas; e isso porque (...) o processo de extinção de classes faz certamente com que a sociedade tenda à unidade, mas não significa de modo algum a sua completa homogeneização. E, dado que mesmo essa unidade tendencial é uma unidade na diversidade, é fundamental que tais interesses divergentes encontrem uma forma de representação política adequada".[48]

Segundo ainda o autor, "a pluralidade de sujeitos políticos, a autonomia dos movimentos de massa (da sociedade civil) em relação ao Estado, a liberdade de organização, a legitimação da hegemonia através da obtenção do consenso majoritário: todas essas conquistas democráticas, portanto, continuam a ter pleno valor numa sociedade socialista".[49] Em síntese, afirma Coutinho que "a democracia socialista é, assim, uma democracia pluralista de massas: mas uma democracia organizada, na qual a hegemonia deve caber ao conjunto dos trabalhadores representados através da pluralidade dos seus organismos (partidos, sindicatos, comitês de empresa, comunidades de base, etc.). Se o liberalismo afirma teoricamente o pluralismo e mistifica/oculta a hegemonia, se o totalitarismo absolutiza a dominação e reprime o pluralismo, a democracia de massas funda sua especificidade na articulação do pluralismo com a hegemonia, na luta pela unidade na diversidade dos sujeitos políticos autônomos".[50]

A universalidade do constitucionalismo democrático considera a existência de um sistema político assentado na garantia de direitos e na ampla participação política, como uma conquista civilizatória sobre a qual se reconhece as diferenças de visões de mundo da política, da economia, dos costumes, da cultura, etc. O constitucionalismo democrático assegura a unidade na diversidade, reconhece

---

[47] COUTINHO, Carlos Nelson. A Democracia Como Valor Universal, p. 36.
[48] COUTINHO, Carlos Nelson. A Democracia Como Valor Universal, p. 36.
[49] COUTINHO, Carlos Nelson. A Democracia Como Valor Universal, p. 36.
[50] COUTINHO, Carlos Nelson. A Democracia Como Valor Universal, p. 40.

jurídica e politicamente os cidadãos possibilitando a criação, entre diferentes, de um sentimento de pertencimento à mesma comunidade política.

A afirmação da universalidade do constitucionalismo democrático implica em reconhecer que ele vai além da sua gênese, ou seja, que a sua validade universal transcende a sua origem nas revoluções liberais burguesas do ocidente. Como uma categoria que se encontra em sintonia com a universalidade dos direitos humanos, um conceito que também deve se submeter à distinção entre gênese e validade, o constitucionalismo democrático é um sistema político que reconhece que toda pessoa tem direito à liberdade, à igualdade e à participação política. Esse radical individual não implica no reconhecimento reducionista do constitucionalismo liberal individualista, mas serve como ponto de partida para o reconhecimento de outros direitos que transcendem a esfera individual, ou seja, o constitucionalismo democrático supera dialeticamente o liberalismo, eliminando, conservando e elevando a nível superior as suas conquistas.

A importância de se pensar o constitucionalismo democrático como valor universal encontra-se nas possibilidades que esse modelo de organização política pode dar aos desafios de uma sociedade pluralista. Por certo que o desafio econômico da crise da democracia deve ser respondido economicamente, ou seja, se faz necessário pensar em modelos econômicos inclusivos, que concentrem menos a renda e façam com que os ganhos sejam melhor redistribuídos. A defesa desses modelos está em sintonia com o constitucionalismo democrático, visto que em sua essência, o constitucionalismo atual assenta-se na noção de direitos humanos e, portanto, não legitima visões de mundo pautadas em racionalidades econômicas excludentes. Ainda que a solução efetiva para o problema econômico se encontre na forma de gerir a economia, o constitucionalismo democrático funciona como pressuposto político dessa gestão.

A insatisfação econômica das classes médias desassistidas deve ser enfrentada na perspectiva de um olhar para o futuro, em que as formas de organização social dar-se-ão de modo diferente. A inclusão econômica de todos os segmentos da sociedade deve se pautar em um sistema com ampla participação política que reconhece direitos. A universalidade do constitucionalismo democrático, ao atuar de modo transversal às ideologias, ou seja, ao ser reconhecida como um

bem que assegura a existência de todos como membros de uma comunidade política dignos de valor, com reconhecimento jurídico e político, cria as condições para a existência de um mundo plural, diverso, em que não há formas sociais homogêneas. A ordem constitucional que sustenta essa unidade na pluralidade é uma ordem aberta, que interage com outras ordens constitucionais e organizações internacionais, visto que a cooperação e a integração para além das suas fronteiras é também um elemento que lhe é intrínseco. A soberania da comunidade política é mediada pela pluralidade das autonomias internas e pela interação com outras ordens soberanas e autônomas externas. Governos regionais autônomos, formados a partir da união de Estados soberanos, passam a ser atores políticos nesse processo de transformação de como as organizações políticas funcionam. Trata-se de um mundo em construção, que não desconhece a importância da unidade política assentada não apenas em um vínculo formal, jurídico, mas também político, substancial. Essa substância, no entanto, não se encontra no *etnos*, na origem familiar, fenotípica, de cor, religião ou gênero, mas no *demos*, na norma e na educação para a transformação.

A universalidade do constitucionalismo democrático tem um elemento objetivo, consistente no reconhecimento de que os atributos desse modelo de organização política possibilitam a existência da unidade na pluralidade. Esse reconhecimento do valor universal do constitucionalismo democrático, decorrente da sua validade objetiva, tem, de igual forma, um componente subjetivo, consistente na educação cívica. Sem esse elemento subjetivo, o modelo político irá carecer de sustentabilidade. Assim, o constitucionalismo democrático pode ter a sua validade universal reconhecida, mas carecerá de efetividade por ausência do componente subjetivo, do engajamento cidadão para com uma comunidade política que promove a unidade política em um contexto social e cultural bastante plural. Aqui se encontra o grande desafio da efetividade da universalidade do constitucionalismo democrático. Em contextos sociais e culturais nos quais se rechaça a diferença, visto que a mesma é vista como ameaça de desintegração, o constitucionalismo democrático não terá condições de existência e desenvolvimento. A educação, nesse sentido, tem um papel fundamental. Sem ela, não há condições de sustentabilidade

de um modelo constitucional e democrático, que reconheça o pluralismo e promova a pertença plena.

Referências

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A Construção Política do Brasil. Sociedade, Economia e Estado desde a Independência*. 3ª ed. São Paulo: Editora 34, 2016.

COUTINHO, Carlos Nelson. A Democracia Como Valor Universal, *Encontros com a Civilização Brasileira*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

CUNHA, Alexandre Sanches. *Todas as Constituições do Brasil – Edição Comentada*. Campinas: Bookseller, 2001.

EVOLA, Julius. *Cavalcare la tigre. Orientamenti esistenziali per un'epoca della dissoluzione*. 5ª ed. Roma: Edizioni Mediterranee, 1995.

EVOLA, Julius. *A Metafísica do Sexo*. Porto: Afrodite, 1976.

EVOLA, Julius. *Revolta contra o mundo moderno*. Trad. José Colaço Barreiros. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1989.

FORST, Rainer. *Contextos da Justiça. Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010.

GOHN, Maria da Glória. *Teorias dos movimentos sociais. Paradigmas clássicos e contemporâneos*. 4ª Ed. São Paulo: Loyola, 2004.

GUÉNON René. *Oriente e Occidente.* Trad. Italiana de Pietro Nutrizio. Milão: Oriental Press, 2005.

GUILLUY, Christophe. *O Fim da Classe Média. A Fragmentação das Elites e o Esgotamento de um Modelo que já não constrói Sociedades*. Trad. Alessandra Bonrruquer. Rio de Janeiro: Record, 2020.

HELLER, Hermann. *Staatslehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1983.

LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O Discurso Político Monarquiano e a Recepção do Conceito de Poder Moderador no Brasil (1822-1824), *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 48, n. 3, 2005.

LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 12ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009.

MADISON, James. Número LXIII. Maior exame da organização do Senado no tocante à duração do mandato de seus membros, in. MADISON, James; HAMILTON, Alexander e JAY, John. *Os Artigos Federalistas – 1787-1788 – Edição Integral*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração*. Curitiba: Juruá, 2013.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. Die deutsche Ideologie. In. MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *Werke* – Vol. 3. Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED. Berlin: Dietz Verlag, 1959.

MEZZAROBA, Orides e CASTRO, Matheus Felipe de. História do Direito Constitucional Brasileiro: a Constituição do Império do Brasil de 1824 e o sistema privado escravocrata, *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 13, n. 2, Mai-Ago, 2017.

MOUNK, Yascha. *O Povo contra a Democracia. Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. Trad. Cássio de Arantes Leite e Debora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Ed. UNB e Finatec, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TEITELBAUM, Benjamin R, *Guerra pela Eternidade. O retorno do tradicionalismo e a ascensão da direita populista*. Trad. Cynthia Costa. Campinas: Ed. Unicap, 2020.

21. EFFECTS OF FUNDAMENTAL RIGHTS ON RELATIONS BETWEEN PRIVATE PARTIES AND PERSONALITY PROTECTION: BREAKING NEW GROUND[1]

 https://doi.org/10.36592/9786554600668-21

Marion Albers[2]

I. Introduction

How to guarantee privacy and personality protection under Internet conditions is the subject of much ongoing debate. As a socio-technical arrangement, the Internet is both a factor in and a product of modern society and comes together with fundamental social change. With regard to fundamental rights and the protection of privacy and personality, the Internet and the social arrangements that it makes possible raise a multitude of more or less novel issues. Among the illustrative examples are the problems of advanced possibilities of far-reaching surveillance, of appropriate regulation of search engines or platform operators, of managing the problem of "digital assets" that persists in social media accounts, or, last but not least, of the questions around a "right to be forgotten".[3] New solutions must be developed in terms of both the doctrinal construction of fundamental rights and the specification of their protection. *Ingo Sarlet* has devoted himself to both these aspects with a constantly vivid interest and profoundly innovative works. As we all know, he is the author of numerous foundational books, articles and other contributions on comprehending fundamental rights and protecting the individual.

In the first part, this article focuses on the notion of the effects of fundamental rights on relations between private parties. This issue is already covered by *Ingo Sarlet´s* doctoral thesis he successfully completed at the renowned University of

---

[1] Dedicated to *Ingo Sarlet* for his 60th birthday.

[2] *Hamburg University*

[3] See the manifold articles in Marion Albers/Ingo Wolfgang Sarlet (eds.), Personality and Data Protection Rights on the Internet, Dordrecht/Heidelberg/London/New York: Springer (Ius Gentium), 2022.

Munich and thoroughly elaborated in other works he has subsequently written.[4] He has correctly pointed out that the common terms "horizontal effect", "third-party effect" or "*Drittwirkung*" are imprecise and not suited to handle the complexity of the problem.[5] At least, they are based on a preunderstanding which we do not need to share. Thus, as long as I do not quote other scholars or court decisions, I prefer to refer more comprehensively to the "effects of fundamental rights on relations between private parties". The detailed development of such effects becomes particularly important in the Internet society. In my analysis, I focus primarily on the German Basic Law´s fundamental rights and the German Federal Constitutional Court (FCC) jurisdiction. In his numerous collaborations and joint research projects, *Ingo Sarlet* has frequently examined the German legal situation from a comparative point of view. Due to their major significance and the strong position of the FCC, the contents and doctrine of the Basic Law´s fundamental rights have been elaborated widely and in a differentiated manner. Accordingly, the jurisdiction of the FCC is influential within the network of jurisdiction including the FCC, the European Court of Human Rights (ECtHR), and the European Court of Justice (ECJ) – a network of factual and legal interrelationships within which courts and their decisions increasingly interact.[6] The advancements of the understanding of fundamental rights are analyzed as far as the effect of fundamental rights on the relationships between private persons is concerned.

---

[4] Ingo Wolfgang Sarlet, Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 1997, pp. 230 ff., 365 ff. See also, as examples, Ingo Wolfgang Sarlet, Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, Boletim Científico ESMPU, Brasília, n.16, 2005, pp. 193-259; Ingo Wolfgang Sarlet, Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988: Contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada, Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça ano 14, n. 42 (2020), pp. 179-218 (esp. 206 ff.). Furthermore, Ingo Wolfgang Sarlet (dir.), Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, Editora, APGIQ; 3ª edição, 2010.

[5] Ingo Wolfgang Sarlet, Grundrechte und Privatrecht. Einige Bemerkungen zum Einfluss der deutschen Grundrechtsdogmatik und insbesondere der Lehre Canaris' in Brasilien, in: Hans Christoph Grigoleit und Jens Petersen (eds.), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert. Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, 2017, pp. 1257 – 1279 (1268).

[6] Marion Albers, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, in: Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung, VVDStRL Bd. 71, Berlin/Boston: de Gruyter, 2012, p. 257-295 (272 ff., 287 ff.).

The second part turns to the protection of privacy and personality. Traditional notions of fundamental rights and classical concepts of privacy are closely intertwined at several levels. However, there are also fundamental advancements in interpreting the scopes of protection, as can be shown in German constitutional law. The most recent development in this regard is the right to be forgotten – a right that *Ingo Sarlet* has also dealt with thoroughly.[7] In conclusion, a foundation is laid for an understanding of fundamental rights, by means of which they remain effective in the Internet society.

II. Advancement of the understanding of fundamental rights

In the constitutional architecture of continental Europe, fundamental rights are basic norms which are enshrined in textual codifications and, in principle, hierarchically superior to statutory regulations. In Germany, they are anchored in the Basic Law (*Grundgesetz*). Above and beyond the historical context of the national constitutional state in which fundamental rights emerged, they have now become supranational in the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFR). At the level of international law, human rights are laid down in the European Convention of Human Rights (ECHR).

In terms of their structure, the fundamental rights of the Basic Law involve, on the one hand, the scope of protection and, on the other, reservations in the form of legal limitation or regulatory possibilities assigned to the legislator. The scopes of protection link specific issues with a promise of freedom, inviolability, or protection. For example, free development of one's personality, freedom of conscience and religious convictions, special protection of marriage and the family, or inviolability of the home and of the privacy of telecommunications are regulated in this way. The guarantees of freedoms appear far-reaching at first glance. However, the reservations enable the legislature to limit, shape, or concretize these guarantees by means of statutory regulations which, in turn, must comply with the constitutional requirements. These regulations then provide the necessary legal foundations for the

[7] Ingo Wolfgang Sarlet, The Protection of Personality in the Digital Environment: An Analysis of the So-Called Right to be Forgotten, in: Albers and Sarlet (n. 1), pp. 133- 178.

decisions of the executive or judiciary. This entire arrangement – which is elaborated in detail in many ways – is intended to balance individual interests with public interests. The legal statements of the fundamental rights include not only constitutional obligations for the state, but provide protected persons with subjective rights as well: the holders of fundamental rights can enforce the observance of these rights through the courts.

Besides their textual anchors in the established codification, fundamental rights are also characterized and advanced by judicial doctrines on fundamental rights and by case law. "Judicial doctrine" can be described as a storehouse of knowledge consisting of concepts, foundational principles, and structures derived from legal or supra-legal concepts, to which science, legislation, or court rulings, among others, contribute.[8] The case law of the FCC is influential in the German legal system as well as in the network of national and European courts. Looking at both the text and the judicial doctrines and case law enables us to understand the protection fundamental rights provide.

1. From Rights to Defense against Interferences to the Multidimensionality of Protective Effects

According to the traditional perspective, which is reflected in the jurisdiction both of the FCC and of the ECtHR, fundamental rights serve primarily as defensive rights of the individual against interventions by the state.[9] The protected persons have certain freedoms or positions and defend themselves against state measures infringing on their freedom by means of legal redress if those measures disregard constitutional law requirements. Here, "freedom" is understood as freedom from the state. Consequently, fundamental rights are directed toward the protection of freedoms that already exist.[10] Conditions affecting the potential for individual freedom, its social constitution, or its social context are disregarded. This approach results in specific subject matters within the fundamental rights which are to be

[8] Albers (n. 4), p. 270 f.
[9] Cf. Decisions of the FCC, Vol. 7, pp. 198 ff. (204 f.).
[10] Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, Neue Juristische Wochenschrift, 1974, pp. 1529-1538 (1532).

protected. Protection is guaranteed, in particular, for individual self-determination, individual preferences or possibilities for decisions and behavior, the body, or property.[11] Laws or administrative measures based on laws are assessed as interferences in fundamental rights if and because they limit the protected individual opportunities for decisions and behaviors. Such interferences are not *per se* illegal. But they are constitutional only if they have a legal basis and observe the principle of legal certainty, the principle of proportionality, as well as all the other relevant constitutional requirements. In other words, the traditional conception of fundamental rights is characterized by a dichotomy between society and state, by the protection of positions of freedom already existing in society against encroachments, and by the requirement to justify state measures impairing these positions.

Ingo Sarlet, being an outstanding expert on constitutional law, has always emphasized that fundamental rights offer much more.[12] And the FCC moved away from the traditional view of fundamental rights as early as the late 1950s in the famous Lüth decision.[13] Since then, fundamental rights have been understood as fundamental guarantees (one level of abstraction higher than in the protection against encroachment) on the basis of which the state's obligations have yet to be determined and specified. They can still be directed toward the obligation to refrain from encroachments. But they also encompass the state's obligations to shape certain social relationships of behavior or communication, to shape state procedures according to fundamental rights, or to grant elementary support or financial help. And last but not least, they have certain effects on relations between private parties.

Extensions of the functions of the fundamental rights and therefore also of the scope of their protection are recognized in principle today. They are reflected in textual terms in modern catalogs of fundamental rights, for example in the CFR. However, they are not that clear and are partly highly controversial when it comes to details. This is particularly true with regard to the construction and consequences of

---

[11] For these interrelationships see Marion Albers, Informationelle Selbstbestimmung, Baden-Baden, Nomos, 2005, pp. 30 ff., available open access under:
www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783845258638/informationelle-selbstbestimmung.
[12] See his Ph.D-thesis (n. 2), and, among other works, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni and Daniel Mitidiero, Curso de Direito Constitucional, 11ª edição 2022.
[13] Decisions of the FCC, Vol. 7, pp. 198 - 230.

the effects of fundamental rights on relations between private parties. Of course, questions of these effects are crucial considering the powerful market players and scenarios on the Internet. We will now take a closer look at doctrinal constructions and challenges.

2. Effects of fundamental rights on relations between private parties

a) Paradigm shifts and shortcomings in the judicature of the FCC

In the judicature of the FCC, the decision in favor of effects of constitutional rights between private parties was made early. The Lüth judgment from 1959 is one of the revolutionary decisions of the court.[14] Erich Lüth, Senate Director and Head of the State Press Office of the Free and Hanseatic City of Hamburg, sharply criticized the movie "Unsterbliche Geliebte" ("Immortal Beloved") in private speeches and press releases in front of various audiences and called for a boycott. Veit Harlan had written the script and directed this movie. He was known for directing the anti-Semitic movie "Jud' Süß" during the Nazi era. The Hamburg Regional Court ordered Lüth to desist from his statements on the grounds that they were "offending common decency" under § 826 of the German Civil Code.[15] Lüth filed a constitutional complaint claiming that this judgment violated his fundamental right to freedom of expression. The core problem the FCC had to deal with in its judgment was the question of whether constitutional rights played any role at all in this civil legal dispute. The Court's answer – which must be understood against the background that the Lüth case took place in the period of the renewal of German society after National Socialism – laid the foundation for a far-reaching paradigm shift.

First, the FCC determined that the civil law decision prohibited Erich Lüth from making the disputed statements and thereby constituted "objectively a limitation of the complainant in the free expression of his opinion".[16] The Regional Court's

---

[14] See n. 7.
[15] § 826 of the German Civil Code reads: "A person who, in a manner offending common decency, intentionally inflicts damage on another person is liable to the other person to provide compensation for the damage."
[16] Decisions of the FCC, Vol. 7, 198 (203).

classification of the statements as a prohibited act under § 826 of the German Civil Code would lead "to an exercise of public authority limiting the complainant's freedom of expression".[17] This ruling, the FCC further explained, could violate Lüth's constitutional right to freedom of expression only if the applied rules of civil law would be substantively influenced by the constitutional provision in such a way that they no longer supported the ruling. Then the FCC discussed the "fundamental question whether constitutional provisions affect civil law and how this effect must be conceived in detail".[18] It was true, the Court argued, that "constitutional rights are primarily intended to protect the individual's sphere of freedom against encroachment by public power"; they are primarily "defensive rights of the individual against the state".[19] But it was just as true, that the Basic Law, which was not meant to be a value-neutral order,[20] had established an "objective system of values" in which, "a principal strengthening of the binding force of the constitutional rights is expressed" and which had to be applied as a "constitutional law fundamental decision throughout all areas of law; legislature, administration, and the judiciary are directed and influenced by it".[21] Thus, it goes without saying, it influences private law as well; no rule of private law may conflict with it, and all such rules must be interpreted and applied in accordance with its spirit.[22] The legal content of constitutional rights, as objective norms, has to be unfolded in civil law through the medium of the statutory provisions directly governing this legal field. This entails that, in interpreting and applying these provisions, the civil court judge must comply with the modifications of civil law that result from the influence of constitutional rights. And further: "If he neglects these standards and bases his ruling on disregard for the constitutional law influence on civil law norms, then he not only violates objective constitutional law by failing to consider the content of the constitutional norm (as an objective norm), he, in his capacity as a bearer of public authority, also violates in his ruling the constitutional right to whose compliance the individual is

---

[17] Decisions of the FCC, Vol. 7, 198 (204).
[18] Decisions of the FCC, Vol. 7, 198 (204).
[19] Decisions of the FCC, Vol. 7, 198 (204).
[20] This takes up, among other things, the judgment on the KPD (Communist Party of Germany), Decisions of the FCC, Vol. 5, 85 (134 ff., 197 ff.).
[21] Decisions of the FCC, Vol. 7, 198 (205).
[22] Decisions of the FCC, Vol. 7, 198 (205).

constitutionally entitled."[23] In the Lüth case, the FCC then came to the conclusion that the decision of the Regional Court had infringed the complainant's right to freedom of expression because this court had not taken into account the influence of this fundamental right in its decision.[24]

As fundamental as this paradigm shift in the Lüth judgment is, a closer analysis reveals that the FCC's doctrinal construction is ambivalent and fragile. As we have just seen, in its initial considerations the Court follows the traditional concept, even if slightly changed, that fundamental rights are rights of defence against interferences of the state. The decision of the Regional Court, or more precisely, the tenor of the judgment as an order against Lüth to desist from making the disputed statements, is classified as a limitation of the complainant's freedom of expression by judicial power. The regular patterns of the constitutional review of whether this interference is compatible with the constitutional rights – that is, legal reservation, constitutional requirements for restricting laws and interferences based on them – are then nonetheless abandoned. The FCC swings to a different doctrinal approach: Decisions of the civil courts may violate fundamental rights if the judges fail to consider the impact of fundamental rights when interpreting and applying private law. The necessary arguments for the presupposition that fundamental rights have any impact at all are provided by the view that constitutional norms establish an objective system of values which, considering the hierarchy of norms, influence all areas of sub-constitutional law, including civil law, and thus entail indirect horizontal effects. The concept of an objective system of values in no way reflects "no more than the idea of a material understanding of constitutional rights", as it has sometimes been argued.[25] Rather, it is a keystone of the argumentation. Values assume universal validity. By using such an abstract approach to interpret constitutional statements, they can be transposed onto an overarching societal level. The value decision for whose sake constitutional norms guarantee a claim to defence is separated from this claim. Thus, they gain a more abstract meaning and can be

[23] Decisions of the FCC, Vol. 7, 198 (206 f.).
[24] The FCC only reviews whether civil court decisions result in violations of fundamental rights, not whether they contain legal errors in general.
[25]For this point of view see Walter Krebs, Freiheitsschutz durch Grundrechte, in: Jura Extra: Grundfragen und Grundlagen des Zivilrechts, Strafrechts und Öffentlichen Rechts, de Gruyter, 1990, pp. 60 – 70 (67).

developed in a multidimensional way;[26] the state's obligations become less determinate and more open. Classified in a hierarchy, constitutional norms can unfold a "radiation effect" on the statutory law subordinate to them, including civil law. The conclusion that, in their activity, civil law legislators and civil courts are obligated to respect the constitutional statements becomes then self-evident.

It is important to notice that this approach is a completely novel doctrinal construction. Among other differences to the construction of rights of defence against interferences of the state, it places the civil court's interpretive and application activity at the center, rather than the tenor and consequences of the verdict as a limitation of constitutional rights. Coherently, the individual rights of the person in question gain a new shape, too: It is no longer the limitation of freedom through the tenor of the order to desist that is crucial. Instead, it is the interpretive activity's disregard for the content of the freedom of expression as an objective constitutional provision to which the subjective constitutional right of the individual is subordinated in the form of a "claim to compliance".

The constructive ambivalences that are hidden in the Lüth judgment pervade the subsequent judicature of the FCC as well as of other courts and scholarly approaches. They lead to the fact that the *Drittwirkung* of fundamental rights – a term that is quite established in German doctrinal descriptions – is not as clear as it seems. Actually it is, as will be shown in the following passage, a doctrinal chaos. Nevertheless, it is hardly surprising that the Lüth decision led to a far-reaching and differentiated expansion of the guarantees fundamental rights provide.[27] If constitutional rights are no longer read as being tailored to specific state duties,

---

[26] According to Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 1990, pp. 1 – 31 (7 ff.), the constitutional rights, understood as an order of values, acquire a new quality by being separated from the immediate state-citizen relation and becoming an objective norm without a precisely specified subject matter and addressee of regulation. Robert Alexy, Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, Der Staat 1990, pp. 49 – 68 (57), advocates the view that the doctrinal construction chosen in the Lüth-decision abstracts from the holder of the right (the entitled person), the addressee of the right (the obligated person), and the modalities of the subject matter of the right (refraining from interventions). At any rate, it is correct that the statements are separated from the state-citizen relationship and the obligations are no longer limited solely to the duty to refrain from interventions.

[27] Aptly on the significance of the Lüth ruling, see Rainer Wahl, Die objektivrechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich, in: D. Merten and H.-J. Papier (eds.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Vol I: Entwicklung und Grundlagen, C.F. Müller, 2004, p. 745 ff.

namely to refraining from intervention subject to a law covering the intervention, but interpreted as an objective system of values enshrined in the constitutional provisions, then the legal ramifications cannot be limited to the problems of the decided case, neither in relation to a specific constitutional right nor concerning the issue of the effects between private parties. The Lüth decision is the starting point of a transition to a multidimensional understanding of fundamental rights, among other things, to the development of duties to protect.

b) Constitutional rights as civil legislation's and civil courts' duty to protect

Duties to protect were established for the first time in an abstract norm control procedure concerning the decriminalization of abortion. The FCC delivered its leading decision in the year 1975.[28] The anchors were the right to life guaranteed in Art. 2 par. 2 S. 1 GG and the dignity of the human being, which according to the text of Art. 1 par. 1 GG is not only to be respected, but also to be protected. The Court left open the highly controversial and difficult question of the applicability of constitutional rights to the nasciturus. As constitutional provisions embody an objective system of values – the FCC can refer to its case law since Lüth –, the relevant duties of the state can already be discovered in the objective statements of the constitutional provisions.[29] The state's duty to protect is initially situated on a quite abstract level and then fanned out in various directions: duties to protect are "comprehensive"[30] and prohibit direct state interventions as well as requiring the state's protection and fostering of the legally protected right, here above all to preserve the protected unborn life against illegal interventions by third parties.[31] Both the exclusion of the question whether subjective rights of the nasciturus can be recognized and the initially comprehensive understanding of the duty to protect explain the focus on the duties of the state rather than on the rights of protected individuals. "Duty to protect" is the wording of the

[28] Decisions of the FCC, Vol. 39, 1. See also the FCC's second ruling on abortion, Decisions of the FCC, Vol. 88, 203 (230 ff., 251 ff.).
[29] Decisions of the FCC, Vol. 39, 1 (41 f.).
[30] What can be applied here to all the various protective dimensions of constitutional rights is taken up in the Schleyer ruling in a truncated formulation context and, in this decision, can be understood as a requirement to optimize, Decisions of the FCC, Vol. 46, 160 (164).
[31] Decisions of the FCC, Vol. 39, 1 (42).

doctrinal figure and not, for example, a right to protection as complementary to the right to defence. Only in later cases which are concerned with the state's duties to protect against harmful conduct by third parties, the FCC states clearly that the duty to protect is complemented by "the right [...] to protection"[32] the affected individual may claim.

Against the background of this landmark decision on abortion, the duty to protect was addressed from the beginning not only to legislature, but also to the judiciary and the executive. Developed in a criminal law context, it quickly extended to fields regulated solely by civil law. It was first of all Claus-Wilhelm Canaris, one of the scientific teachers of *Ingo Sarlet* during his PhD-time in Munich, who made the "duty to protect" meaningful for the doctrinal foundation of the effects of fundamental rights on relations between private parties.[33] Under such a conception, the claims to protection against the damage caused by other private parties are based on the duty-to-protect function of the constitutional rights that are inherent and that would have been "rediscovered". From this starting point, the following configuration was arrived at: The one party could assert claims on the state's duty to protect the endangered good against the damage caused by the other party. The other party could defend against the encroachment that arises through the state's protective measures.

Such a dichotomy between one side's claims to protection and the other side's right to defend against encroachments is meanwhile often taken as a basis to establish and explain the relevance and impact of fundamental rights on relationships between private persons. However, it is important to note that this approach is very different from the doctrinal construction established in the Lüth-judgment. The solution developed there focuses on effects of constitutional provisions between private parties mediated by the duties of civil legislation and civil jurisdiction against the background of the hierarchy of norms, not on antagonistic fundamental rights of two or more private parties against the state. Qualitatively, those effects would be qualified as legal effects that constitutional provisions have

[32]Thus aptly: Decisions of the FCC, Vol. 103, 89 (100).

[33] Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechte und Privatrecht, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 184 (1984), pp. 201 – 246 (225 ff.); see also Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz, de Gruyter, 1999, p. 39 ff., 43 ff., 55 ff., 71 ff. For the influence of Canaris´ works in Brazil see Sarlet (n. 3), pp. 1271 ff.

between private parties whereas in the construction of antagonistic rights constitutional relationships exist only between each party and the state; "*Drittwirkung*" would be a purely factual effect.

c) A variety of approaches and pitfalls

On a closer inspection, the supposedly clarified *Drittwirkung* is a doctrinal chaos. In the jurisprudential debate, there is a variety of perspectives and anything but a consensus.[34]

Criticism of the approach the FCC has chosen in the Lüth-decision was loud and has not fallen silent to this day. However, the criticism has been very heterogeneous. There are still some civil law experts who criticize the *Drittwirkung* as being a "methodological coup d'état"[35] and endeavor to push back the effects of constitutional rights in civil law as far as possible. One of the objections is the reflection that the civil courts evaluate the legal relationship between private parties solely as a dispute-resolving instance, and since private parties are not bound by constitutional rights, constitutional norms could not be the standard for the court's judgment of this legal relationship.[36] Another objection highlights that, if interpreted as value decisions with a "radiation effect", constitutional norms would lose the normative precision they need in order to become juridically manageable.[37] In turn, civil law with its multifaceted and highly differentiated patterns of solution would be inappropriately superimposed.

Some law scholars, however, stand firmly behind the idea of *Drittwirkung* in form of horizontal effects of constitutional provisions mediated by the duties of civil legislation and civil jurisdiction. Other law scholars engage in the far-reaching

---

[34] See more thoroughly Marion Albers, L'effet horizontal des droits fondamentaux dans le cadre d'une conception à multi-niveaux, in: Thomas Hochmann/Jörn Reinhardt (Hrsg.), L'effet horizontal des droits fondamentaux, Editions Pedone, Paris, 2018, p. 177–216 (191 ff.).
[35] Uwe Diederichsen, Das BVerfG als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, AcP 198 (1998), pp. 171 – 260 (226).
[36] Much quoted: Karl Doehring, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt a. M., 3rd edition 1984, p. 209: "The court must respect constitutional rights to the extent that they are valid; their validity does not depend on a court's decision."
[37] Martin Oldiges, Neue Aspekte der Grundrechtsgeltung im Privatrecht, in: Rudolf Wendt, Wolfram Höfling, Ulrich Karpen and Martin Oldiges (eds.), Staat, Wirtschaft, Steuern. Festschrift für Karl Heinrich Friauf, C.F. Müller, Heidelberg, 1996, pp. 281 – 309 (288).

turnaround that results from a reconstruction via the figures of defence against encroachment on the one hand and duty to protect on the other.[38] Such a reconstruction means that *Drittwirkung* as a doctrinal category becomes superfluous. Against the background of one side's claims to protection by the state and the other side's right to defend against encroachments by the state we no longer need a doctrinal construction called *Drittwirkung*.

The judicature of the FCC meanwhile provides ample material on the effect of constitutional rights among private parties. Detailed analyses, however, show the heterogeneity of the constructions and numerous misleading formulations. The Court takes recourse sometimes to (horizontal) effects of constitutional provisions mediated by the duties of civil legislation and civil jurisdiction, sometimes to the duty to protect or the right to being protected against harms by other private persons, and sometimes to the right to defend oneself against encroachments whereby the decision of a civil court is classified as such an encroachment. It may even happen that the FCC lists all doctrinal constructions side by side in one decision without differentiation.[39]

This overview displays conceptual weaknesses in each approach. In the heterogeneous patterns of argumentation, the first thing that stands out is how unclear many fundamental terms are and how divergently they are applied. This is particularly true of the question whether and to what degree the term "effect" means factual effects, reflex effects, or legal effects and of the chronically unclear terms "immediate" and "mediated", or "direct" and "indirect". Sometimes the same terms are used with differing understandings. All this, especially against the background of the FCC's varying approaches, fosters a lack of doctrinal clarity we have to struggle with today. The problem is that this state of affairs leads to ambiguity in determining

---

[38] With approaches that differ in detail, Canaris, Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz (n. 31), p. 11 ff., 30 ff., 37 ff. (Direitos Fundamentais e Direito Privado, Coimbra: Almedina, 2003); Matthias Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, p. 88 ff., 141 ff.; Wolfram Cremer, Freiheitsgrundrechte. Funktionen und Strukturen, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, p. 411 ff.; Jörg Neuner, Die Einwirkung der Grundrechte auf das deutsche Privatrecht, in: Jörg Neuner (ed.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, pp. 159 - 176 (170 ff.).

[39] For an example of such a list resulting in fragile argumentation, see the Helnwein-decision, Decisions of the FCC, Vol. 99, 185 (193 ff.).

the content and scope of fundamental rights in the relationship between private parties. This meets a societal situation in which the issues of constitutional bindings between private individuals are more urgent than ever before. Thus, there is sufficient reason to revisit the effects of fundamental rights on relations between private parties.

d) Revisiting effects of fundamental rights on relations between private parties

aa) The framework: A multi-level conception

My basic point of view is that the effects of fundamental rights on relations between private parties have to be understood as a novel approach to constitutional guarantees that is crucial in modern society. This approach encompasses the effects of constitutional norms between private parties in a sophisticated manner and cannot be replaced, as increasingly proposed, by the dichotomy between rights to defence and to protection. However, in order to address the objections raised, we need to clarify preconditions, necessary assumptions and consequences of the concept in more detail.

First of all, it is true that – even though a civil court is more than “la bouche qui prononce les paroles de la loi”[40] – constitutional statements can only be decisive for the court's judgment of the conflict between private parties if these statements are legally relevant in the first place. Precisely this is also the precondition for the possibility that, when interpreting and applying civil law norms, a civil court can fail to recognize the content and extent of the constitutional standards. But this insight does not lead to the necessity to abandon the idea that fundamental rights have legal effects on relations between private parties or to make this approach superfluous in a dichotomy between rights to defense and to protection. On the contrary, we must acknowledge the notion of constitutional norms that is obscured in the ambiguity of the Lüth-judgment and subsequent decisions of the FCC: Constitutional norms include statements on the relationship between private parties and they can apply to

[40] C.-L. Montesquieu, De l´esprit des lois, Garnier, 1777, Vol. XI, Chap. VI, p. 327.

this relationship. They are valid, however, solely on the abstract level in the form of objective norms influencing statutory law and not in the form of specified duties and rights that a private person could claim from another private person. Claims and duties between private parties are based solely on the provisions of civil law. Thus, the validity of constitutional norms is conveyed through the medium of civil law. All that they "directly" obligate are civil law legislature and civil judiciary.[41] Nevertheless, this does not question the legal relevance and applicability of constitutional statements with regard to the relationships between private parties.

Hence, as a starting point, constitutional norms include freedom-protecting normative statements as to how the legal relationships between private persons are to be shaped. Civil legislature and civil jurisdiction are obligated to regulate the relationships between private parties and their mutual civil-law claims and duties in harmony with the relevant constitutional statements. This is a "direct" and not in any way "mediated" binding effect. Derived from this legal binding, those protected by these statements are entitled to claim against the state (legislature, judiciary, or certain administrative bodies) that it will comply with the protective statements of the constitutional norms. But in contrast, the latter do not stipulate any duties or claims of private parties between each other.[42] Subjective rights result from the constitutional norms only in relation to the state; subjective claims of private parties in relation to each other result solely from civil law. "Indirect" or "mediated" effect of fundamental rights means that the person who makes a civil law claim has a claim against the state that the state comply with relevant constitutional statements, whose fulfilment substantively influences the claim against the other private person, so that, conveyed in this manner via the "medium of civil law", constitutional norms affect the relationship between private parties. Qualitatively, this effect is to be classified neither as a legal reflex nor as a purely factual effect, but as a legal effect – a legal effect in a quite sophisticated overall conception.

---

[41] The quality of their obligation does not thereby differ; it is, however, functionally specifically formed. To the degree that civil law norms are not to be measured against the standard of constitutional rights as already existing norms, but must first be created via legislation, one must take recourse to the intended or conceivable norms in the framework of a hypothetical examination.

[42] Here, the FRAPORT decision is unclear when it says that private parties can "be obligated by constitutional rights", Decisions of the FCC, Vol. 128, 226 (248).

Such effects of fundamental rights on relations between private parties are characterized by the fact that, from the beginning, we have two levels of regulation and thus a multi-level conception. The constitutional norms contain objective statements as well as the duties of the civil legislature or the civil judiciary and the claims of private parties against the state, while the claims and duties of private parties toward each other are anchored in civil law. Due to this anchoring, legislature or courts necessarily take up the existing civil law or civil law that is to be regulated as a relatively independent order *within which* the duties and claims of private parties toward each other are to be regulated. In this construction, the relative independence of civil law as such is necessarily preexisting. However, the extent of the depth of this independence is not. This can be differentiated between specific fields because "civil law" covers very different areas and legal relationships. If we had enough space here to unfold an even more complex perspective, we would also reach the insight that *Ingo Sarlet* has highlighted: The relationship between the Constitution (with special emphasis on fundamental rights) and private law has always been characterized "by a dialectical and dynamic relationship of mutual influence".[43]

If we understand the effects of constitutional rights between private parties within the framework of such a multi-level conception, our gaze is soon directed to the question concealed behind some of the doctrinal disputes: what substantive statements do the constitutional norms actually make about the relationship between private parties? Are they the same statements as those in relation to the state? Or are other contents, tailored to the relationships between private parties, to be developed already from the start?

bb) The contents of constitutional guarantees in the relationship between private parties

The "objective system of values" and the "radiation effect" which are introduced in the Lüth-decision are admittedly too weak a concept to enable it to deliver answers to the question of what exactly the content of the constitutional

[43] Sarlet (n. 3), p. 1264.

guidelines is. However, on the basis of the more elaborated multi-level concept of the effects of fundamental rights on relations between private parties just presented we can move away from this vague description. The constitutional statements can and must be made concrete via content-oriented norm interpretation.

The discussions of the contents of the constitutional norms that address the relationship between private parties often present private autonomy as the central principle.[44] In this view, holders of constitutional rights are free to shape their legal relationships themselves, with the accompanying legal consequences; they themselves thereby specify, realize, and protect their interests in the form they desire.[45] Private autonomy always points to the relationship between private parties and the state as well, if only because *legal* relationships in state orders do not completely shape themselves. Nevertheless, in the liberal tradition the core element of autonomy aims at private parties' possibilities in distinction from the state: Unlike the state, private parties are permitted to act in accordance with their ideas and interests without justifying themselves or having to reveal their goals and motives. Interests need not be egoistic, but can also be altruistic.

As relevant as autonomy is, it cannot comprise everything. The spectrum that constitutional statements provide for the relationship between private parties is in no way limited to the focus on autonomy. Privacy and personality protection, freedom of expression, and the inviolability of telecommunication confidentiality are rich examples. Particularly interesting about these protected goods is that they are recognizably tailored also to the relationship between private parties.[46] Detailed analyses, which are still a research desideratum in many ways, can thereby show the degree to which constitutional statements are relevant in the relationship between private parties and the degree to which those relationships parallel or differ from

---

[44] For example Ruffert (n. 35), p. 287 ff.

[45] On the content of private autonomy, Decisions of the FCC, Vol. 81, 242, par. 48: "On the basis of private autonomy, which is the structural element of a free society, the contract partners shape their legal relations on their own responsibility. They determine themselves how their divergent interests are to be suitably balanced, and they thereby simultaneously dispose of their constitutional rights-protected positions, without state compulsion. The state must respect regulations instituted in the framework of private autonomy."

[46] See also Sarlet (n. 3), p. 1261, 1265. Cf. further Bernhard Schlink, Die Amtshilfe, Duncker & Humblot, 1982, p. 192 ff., who – following Ernst Forsthoff, Der Persönlichkeitsschutz im Verwaltungsrecht, in Festschrift für den 45. Deutschen Juristentag, C. F. Müller, 1964, pp. 41 – 60, esp. p. 46 ff. –classifies privacy as a protected good that does not exist at all in relation to the state.

state-citizen relationships. In the fields that then fan out, traditional approaches will turn into a more differentiated picture. With regard to protecting privacy and personality rights, *Ingo Sarlet* has often outlined this in his works.

III. Advancements in Protecting Rights to Privacy and Personality

1. The Right to Privacy

The idea of fundamental rights and conceptions of privacy are traditionally closely interwoven. The background is that the common understanding of privacy is shaped by several basic dichotomies: The first of these dichotomies is the contrasting of privacy and the state, which is constitutive for liberal thought and plays an important role here. The second dichotomy is the differentiation between privacy and publicness, wherein the concept of "publicness" is used to mean different things[47]. The third is the differentiation between the individual's private matters and the spheres of decision and influence (also) open to others. This differentiation is linked to one´s individuality, but is not identical to it. These guiding dichotomies seem easy to comprehend; however, a closer scrutiny quickly reveals the numerous premises and the complexity of the converse terms. Nonetheless and although there is "no *single* history about what is private" [48], a basic understanding emerges: Privacy assigns something to a person or a group of persons as their own concern and establishes limits to others' access to it. This basic notion takes on various nuanced shades of meaning depending on the context and the scientific lens, and privacy touches upon a broad spectrum of topics. Varying across cultures and historical epochs, they include the body, facets of the personality, religious convictions and conscience, spaces such as place of residence, property, close relationships such as partnership and family, or confidential documents and communications. [49] The

[47] Vgl. auch Jeff Weintraub, The Theory and Politics of the Public/Private Distinction, in: Jeff Weintraub and Krishan Kumar (eds.), Public and Private in Thought and Practice. Perspectives on a Grand Dichotomy, 1997, pp. 1 – 42 (1 ff.).
[48] Beate Rössler, Der Wert des Privaten, Frankfurt a.M. 2001, p.15.
[49] Cf. with a broad historical overview the contributions in Philippe Ariès/Georges Duby, Histoire de la vie privée, Vol. 5 (1985–1987).

mechanisms of allocation as one's own and the concept of access are to be understood just as broadly. The latter includes invasions of spaces and the body, determination of decisions by third parties, processes of surveillance, or dissemination through the media.[50] All this can quite simply be associated with the traditional interpretations of fundamental rights: Liberal thought on fundamental rights presupposes a differentiation between bourgeois or private society and the state. In addition, the structure of fundamental rights provisions reflects the differentiation between private matters of the individual, which *prima facie* enjoy protection based on fundamental rights, and the interests of other citizens or the general public, which can only take effect through passing a law. Additionally, fundamental rights cover different protected goods such as inviolability of home, freedom of religion or freedom of thought, or property, which have often been classified under an overarching concept of privacy.

Meanwhile, the strong traditional link between fundamental rights and privacy has been dissolved. Both have undergone significant changes. We have already addressed some advancements of the understanding of fundamental rights and their transition to multidimensional fundamental norms. Likewise, and in response to societal change, privacy has become a very heterogeneous and differentiated concept. Accurately it is described as an "umbrella term".[51]

This development is reflected in the understanding of the fundamental right to privacy and its scope of protection. How to interpret the right to privacy in detail depends, of course, on the specific legal system and codification. If we turn our attention to the German Basic Law and the jurisdiction of the FCC, we can notice that the "right to privacy" has long been a broadly defined right. Derived from Art. 2 (1) in connection with Art. 1 (1) of the Basic Law, it has covered many constellations: the protection of medical files stored at the doctor's workplace from access by security

[50] See the description of *privacy* by Sissela Bok, Secrets – On the Ethics of Concealment and Revelation, 1983, p. 10 f.: „the condition of being protected from unwanted access by others – either physical access, personal information, or attention".

[51] Daniel Solove, Understanding Privacy, Harvard University Press, Cambridge, 2008 p. 45. See also more closely Bert-Jaap Koops, Bryce Newell, Tjerk Timan, Ivan Skorvanek, Tom Chokrevski and Maša Galič, A Typology of Privacy, University of Pennsylvania Journal of International Law, Vol 38 (2), 2017, pp. 483 - 575; Sohail Aftab, Protecting the right to privacy in Pakistan: Learning from theoretical approaches and European experiences, Dissertation Hamburg 2022, pp. 39 ff., to be published by Springer (Ius Gentium).

authorities,[52] the use of secret tape recordings in a civil court proceeding,[53] the publishing of a fictitious interview about private matters in the press,[54] or a television movie about a murder in which the criminal, who has since been released, can be identified (the famous *Lebach*-case)[55].

The turning point in this regard has been the *Eppler*-decision.[56] According to the facts of the case, *Erhard Eppler*. a well-known member of the Social Democratic Party of Germany, was blamed for making a public statement on a public matter which he proved he had not made in this way and requested injunctive relief. In this case of an alleged public statement on a public matter, the FCC did not choose the way of extending the right to respect for privacy. Instead, it developed a new normative foundation of the protection: the general right of personality.[57] This development is facilitated by the fact that the wording of Article 2 (1) of the Basic Law promises everyone the right to freely develop their personality.

In the subsequent case law of the FCC, the general right of personality becomes the new foundation for the decisions of the Court. Not only does such a foundation include the right to privacy, but it also enables to sharpen this right and to understand it - beyond a right to be left alone - as freedom in sociality. The right to privacy includes, firstly, matters that are typically classified as "private" due to their informational content, because their public discussion or exposure is considered indecent, or if a disclosure is considered shameful or provokes adverse reactions from others. Secondly, the protection extends to a spatial area where the individual can relax or may enjoy intimacy and close relationships.[58] Given such a description of the scope of protection, questions of the effects of the fundamental right to privacy on relationships between private parties suggest themselves.

---

[52] Decisions of the FCC, Vol. 32, 373; Vol. 44, 353.
[53] Decisions of the FCC, Vol. 44, 238.
[54] Decisions of the FCC, Vol. 34, 269.
[55] Decisions of the FCC, Vol. 35, 202.
[56] Decisions of the FCC, Vol. 54, 148.
[57] Decisions of the FCC, Vol. 54, 148 (153 ff.).
[58] FCC, Judgment of the First Senate of 15. December 1999, 1 BvR 653/96, Rn. 76, 77, available under www.bverfg.de.

2. The Right of Personality

Since the Eppler-decision, the general right of personality is the pivotal right in the case law of the FCC. It offers the possibility to move away from the traditional implications and restrictions of the concept of privacy. The general right of personality is understood as a deliberately vague umbrella right that can react to novel threats, for example, those due to new technologies. The FCC has recognized manifold strands, including the guarantee of the private sphere, the right to one's own image or speech and the right to determine the portrayal of one's person, the right to social recognition and to personal honor, rights to be protected against media reporting, or the right to informational self-determination.[59] Many cases involve issues of effects of fundamental rights on relations between private parties. An illustrative example in the case law is the right to be forgotten.

3. The Right to be Forgotten

Among the recent decisions that the FCC has made in the context of personality protection are those on the right to be forgotten. The concept of "forgetting" here does not aim at a particular single person forgetting something, but at "forgetting" on a societal level. Understood in this sense, forgetting intertwines the content-dimension with the time-dimension of societal communication: An information about someone or something that has once been part of the communication is no longer present, although people, were the information still available, might consider it relevant.[60] Court decisions are to be seen against the overarching background of societal debates: The Internet, as the popular thesis goes, does not forget. While this thesis must be differentiated and relativized, it is at least true that the Internet has turned around the traditional relationship between remembering and forgetting and fundamentally changed the conditions of forgetting

[59] See more closely Albers (n. 9), pp. 151 ff.
[60] Anna Schimke, Forgetting as a Social Concept. Contextualizing the Right to Be Forgotten, in: Albers and Sarlet (n. 1), pp. 179 – 211 (181 ff.).

in society.[61] For the courts, the challenge was then to ensure "forgetting" through law and individual rights. Respective guarantees can be developed where it is possible to justify protective positions of the person affected that require precisely this. A "right to be forgotten" differs from claims for injunctive relief against dissemination of communication content that is unlawful from the outset, for example because of false allegations. It is characterized by the change in the assessment of lawfulness from lawful to unlawful in the passage of time. A right to be forgotten is therefore at stake if the communication of certain content was previously lawful but is now unlawful because the information should disappear from societal communication.

Ingo Sarlet has carefully worked out that the case law in the various countries, for which the famous Google-decision of the ECJ in 2014[62] provided a starting point, has been able to build upon already existing previous case law.[63] He has illustrated this in detail with a view to the rulings of Brazilian courts. This insight also applies to the case law of the FCC and German civil courts. Previous judgments can offer patterns of conflict description and conflict resolution, however, only to a certain extent.

The Google-decision of the ECJ made in 2014 has already highlighted new peculiarities of Internet communication, among other things, the rise of new players such as search-engine operators. The question of whether the communication of a certain piece of information is still lawful or has become unlawful due to the passage of time can vary depending on the communication context and on the players involved, here regarding the online archive and the search-engine operator. Search-engines have a significant contribution to the worldwide dissemination of personal data. With their list of results, their users quickly receive a structured overview of the information that can be found about the person in question on the Internet. Hence, the search results list represents a *sui generis* type of publication that has to be differentiated from the publication on the website of the online archive.[64] It requires

---

[61] Thus, the observation that something has been forgotten in certain communication contexts presupposes quite complex metaperspectives.
[62] ECJ, Judgment of the Court (Grand Chamber), 13 May 2014, C-131/12, available under: https://curia.europa.eu.
[63] Sarlet (n. 5), pp. 148 ff.
[64] ECJ, Judgment of the Court (Grand Chamber), 13 May 2014, C-131/12, available under: https://curia.europa.eu, sect. 35 ff.

a balancing tailored to the consequences resulting from data processing by a search engine[65] as well as the development of claims tailored to the features of the search results lists, namely, that they are significantly shaped by automated processes. Thus, claims are directed at the "removal" of the objectionable data and links from the list of results.[66]

In Germany, the case law of the courts aims at integrating previous conflict resolution patterns, such as those outlined in the Lebach-decision of the FCC, with Internet-specific novel solutions. In its orders on the right to be forgotten made in 2019[67], the FCC outlines the characteristics of Internet communication, refines and modifies the relevant scopes of protection of fundamental rights and, in contrast to the ECJ, defines the rights of search-engine operators and Internet users in a more complex manner and undertakes a more comprehensive balancing of rights. Most interesting are the reflections on the general right of personality in terms of its content and of its effects on the relations between private parties. The FCC emphasizes that "the possibility for matters to be forgotten forms part of the temporal dimension of freedom" because individuals must have "the chance to move on from errors and mistakes" and be protected "against the risk of being indefinitely confronted in public with their past opinions, statements or actions"[68]. However, the scope of protection of the right to be forgotten is determined from the outset by its being embedded in social contexts. The general personality right does not entitle individuals to filter and restrict all publicly accessible information about them based on their free discretion and own preferences and does not provide protection against events being remembered in a historically responsible manner. Notably, the FCC also distinguishes the personality right protecting against statements affecting one´s person from the right to informational self-determination. The Court then highlights for the latter that, while it enables individuals in relation to the state to, in principle,

[65] There has been much justified criticism that the ECJ does not work out the various interests very thoroughly in the Google-decision made in 2014.
[66] With accurate emphasis on the various claims, some of them novel, that can be developed, Sarlet (n. 5), pp. 160 ff.
[67] FCC, Orders of the First Senate of 6 November 2019, 1 BvR 16/13 and 1 BvR 276/17; both available under www.bverfg.de.
[68] FCC, Order of the First Senate of 6 November 2019, 1 BvR 16/13, available under www.bverfg.de, sect. 105.

decide by themselves on the disclosure and use of their personal data, it provides individuals in relation to other private actors merely the possibility of influencing, in nuanced ways, the context and manner in which their data is accessible to and can be used by others. Thus, "its indirect effects on private law relationships differ from its direct effects vis-à-vis the state".[69]

The decisions of the FCC on the right to be forgotten are innovative in many respects. It is not only necessary to work out the specific features of the Internet. In cases on the Internet that are bilateral or multilateral conflicts between private individuals, the relevant scopes of protection of fundamental rights can and may need to be concretized in their own way, that is, they can and may need to be formulated differently than vis-à-vis the state. This provides a fresh approach to the doctrine of *Drittwirkung* and is in line with the insights we have already arrived at.

IV. Outlook

Ingo Sarlet has always had an eye for the latest challenges facing society and has always been among those who have provided sound and innovative proposals for the further development of the law. Questions about how fundamental rights have an impact on legal relationships between private parties and how to guarantee privacy and personality protection under the conditions of the Internet can serve as illustrative examples. The future, which will be shaped by the rise of artificial intelligence, among other things, prepares further exciting tasks for him and for us.

---

[69] FCC, Order of the First Senate of 6 November 2019, 1 BvR 16/13, available under www.bverfg.de, Headnote 3 and sect. 86 ff.

22. OBTENÇÃO DA PROVA CRIMINAL NA ERA DIGITAL: DESAFIOS E LIMITES

 https://doi.org/10.36592/9786554600668-22

Nereu José Giacomolli[1]

SUMÁRIO

RESUMO

As novas realidades virtuais e o emprego dos algoritmos de inteligência artificial atingem os sistemas criminais e interferem, sobremaneira, nos mecanismos de obtenção da prova, atingindo as próprias fontes de prova. A revolução cibernética, o ataque às torres gêmeas e a pandemia do Covid-19 incrementaram o emprego de novas metodologias de busca e obtenção da prova criminal. Contudo, os novos meios de obtenção de prova, típicos ou atípicos encontram limites no respeito aos direitos fundamentais; no princípio da não discriminação; no princípio da qualidade e segurança; no princípio da transparência, imparcialidade e *fairness;* bem como no princípio do controle dos usuários. Como barreiras legais evidenciam-se as reservas de lei, jurisdição e de catálogo; do limite temporal; e proporcionalidade.

Palavras-Chave: Processo Penal, Prova Criminal, Novas Metodologias de Obtenção, Limites.

ABSTRACT

The new virtual realities and the use of artificial intelligence algorithms affect criminal systems and interfere greatly in the mechanisms for obtaining evidence, affecting the

---

[1] Doutor em Direito pela Universidad Complutense de Madrid. Pesquisador e Professor no Mestrado e Doutorado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Investigador integrado no *Ratio Legis* – Centro de Investigação em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa, no Projeto *Corpus Delicti* – Estudos de Criminalidade Organizada Transnacional.

sources of evidence themselves. The cyber revolution, the attack on the twin towers and the Covid-19 pandemic have increased the use of new methodologies for searching and obtaining criminal evidence. However, the new means of obtaining evidence, typical or atypical, find limits in the respect for fundamental rights; in the principle of non-discrimination; in the principle of quality and safety; in the principle of transparency, impartiality and fairness; as well as in the principle of user control. Legal barriers include the reservation of law, jurisdiction and catalog; the time limit; and proportionality.
Keywords: Criminal Procedure, Criminal Evidence, New Methodologies of Obtaining, Limits.

1. Considerações iniciais

Com subida honra que faço coro à homenagem ao Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet. Memória, gratidão e comemoração. A estruturação da pós-graduação *stricto sensu*, na área do Direito, no Brasil, muito deve a Ingo Sarlet, em face de suas relevantes contribuições na atividade séria, comprometida e competente, tanto na coordenação do PPGD da PUCRS, quanto na CAPES. Jurista e magistrado de escol, reconhecido internacionalmente, sempre desenvolveu pesquisas de ponta, publicando os resultados em reconhecida bibliografia. Colega na magistratura, na Escola da Ajuris e, agora na PUCRS. Gratidão pela possibilidade da amizade sincera e da convivência harmônica de dois programas de pós-graduação stricto sensu na Escola de Direito da PUCRS. Dedicar um texto a um amigo também é reconhecer sua importância e uma forma de comemorar a vida

A automação, a internet e a robótica desvelam um cenário bastante significativo de eficiência econômica e de redução de custos em diversos cenários sociais. Trilhamos um mundo de infinitas oportunidades e diversas realidades, mas com novos riscos e perigos ainda desconhecidos[2]. No sistema jurídico-criminal não seria diferente, onde não é mais adequado e apropriado ignorar o emprego do uso de novas tecnologias na investigação, no processamento, no julgamento e na execução

---

[2] ROCHA, Manuel Lopes; PEREIRA, Rui Soares (coords). *Inteligência Artificial e Direito.* Coimbra: Edições Almedina, S.A, 2020, p. 95 e 96.

das penas. Igualmente, as novas realidades virtuais, como a do metaverso[3] e o emprego dos algoritmos[4] de inteligência artificial[5] atingem os sistemas criminais[6]. A abordagem necessária, na contemporaneidade há de considerar as novas tecnologias, a utilização dos algoritmos de inteligência artificial, o *big data*[7], a predição[8] no policiamento, na investigação e no julgamento, bem como a virtualidade do metaverso. Essa nova realidade atinge não só os meios de obtenção de prova, mas as próprias fontes de prova e a prova em si.

A especificidade dos meios de obtenção da prova, já previstos (acordos de colaboração premiada; infiltração de agentes; captação acústica, óptica e sinais eletromagnéticos; acesso a dados cadastrais, o whistleblower, *v.g.*), hão de receber a devida adequação à nova realidade cibernética, mormente na *persecutio criminis* da criminalidade organizada transnacional. Justificam-se esses meios excepcionais

---

[3] O ambiente virtual do metaverso pretende misturar a realidade virtual com o mundo real, no qual será possível acessar o *locus* ou o mundo virtual e nele desenvolver várias atividades: trabalhar, interagir, etc. seria o sucessor da internet. Preconizam que até 2030 mais de um bilhão de pessoas estarão integradas no mundo paralelo do metaverso, onde se ingressará com um capacete e um software.

[4] Algoritmos são roteiros, sequências de ordens que o computador deve executar para alcançar determinado resultado. Constituem a base da programação de um *software.*

[5] A inteligência artificial, segundo Hohn Mccrthy se relaciona com a fabricação de máquinas inteligentes, a partir do funcionamento da inteligência humana, sem limitar-se a métodos biologicamente observáveis. Quando falamos de inteligência artificial fraca, estamos diante de máquinas sem raciocínio e vontade, mas capazes de executar tarefas complexas e agir como se inteligentes fossem, em missões específicas e concretas, geralmente repetitivas (jogar xadrez, conduzir automóveis resolver problemas matemáticos, confeccionar decisões, et.). Já na inteligência artificial forte estaremos diante de uma máquina dotada de uma capacidade de pensamento autônomo, similar ao cérebro humano, capazes de resolver qualquer tarefa ou problema, mesmo sem prévia programação. São máquinas dotadas de raciocínio e abstração, semelhantes ao cérebro humano; aprendem como uma criança aprende, isto é, ela mesma se desenvolve.

[6] As primeiras ideias de redes neurais artificiais surgiram em 1943, quando já havia a intenção de criar uma máquina com a capacidade de aprendizado. Essas redes neurais representam sistemas computacionais inspirados no funcionamento dos neurônios do cérebro humano.

[7]O Big Data pode ser definido a partir de 5Vs: volume (grande montante de dados e diversas fontes), velocidade (tempo de capacidade de processamento dos dados, de acordo com a necessidade e objetivos), variedade (formatos diversos), veracidade e valor. Marcando a transformação de como a sociedade processa a informação, a Big Data pode ser utilizada para realizar predições pegando todos os aspectos de nossas vidas em sociedade e colocando em dados passíveis de serem analisados, criando, desse modo, correlações. O Big data é baseado na ideia de obter prognósticos acerca do comportamento de grupos de pessoas e de indivíduos, a partir de dados, com a maior abrangência possível, por meio de uma análise funcional (ERIC)

[8] Predição vem de *praedictio*, dizer sobre alguma circunstância, fato, acontecimento, antes de sua ocorrência. Trata-se de futurologia, agora, aliada à técnica. Pode-se predizer as características da personalidade de determinada pessoa, em face da coleta de sua biometria facial, por meio da análise da compatibilidade com rostos de outros (*match*). Podemos predizer a tendência de determinado sujeito em praticar certos delitos, destes ocorrerem em determinado local.

na própria característica complexa da criminalidade organizada, na qual são comuns os pactos de silêncio, o envolvimento de agentes públicos, a ausência de comunicação e o desconhecimento dos membros que compõem as outras camadas da mesma pirâmide criminosa, mormente sua atuação além das fronteiras físicas do estado, a dificultar a *persecutio criminis* e a sanção dos ilícitos. Tudo isso leva à dispersão das fontes de prova as quais se tornam inacessíveis pela metodologias tradicionais.

O presente articulado se assenta em três importantes acontecimentos históricos da contemporaneidade, os quais impactaram, significativamente, as estruturas e as concepções clássicas acerca do Estado, da sociedade, do ser humano e da regulação pelo direito. São eles: o onze de setembro de 2001 ou ataque às torres gêmeas em New York, a quarta revolução industrial e a pandemia do COVID-19. Nesse sentido, a delimitação do tema dá-se, justamente, nos impactos e nos reflexos produzidos por esses três marcos histórico-temporais na busca da prova no processo penal, notadamente em relação aos desafios gerados pela emprego das novas metodologias criadas ou potencializadas pelas tecnologias inovadoras.

Assim, o problema da presente investigação encontra assento no intenso desenvolvimento tecnológico e no uso das novas metodologias no campo probatório, os quais atingem a criminalidade transnacional. Por isso, questiona-se: quais os limites da utilização de novas tecnologias na busca da prova na criminalidade organizada e transnacional? Quais as barreiras a serem enfrentadas para evitar que a excepcionalidade dos meios de obtenção da prova à criminalidade organizada se transforme em regra e passe à criminalidade comum? Buscando responder às perguntas, utiliza-se do método hipotético-dedutivo, com emprego da técnica de revisão bibliográfica. Como hipótese de trabalho, sustenta-se a existência de – pelo menos - cinco bases epistemológicas que servem de guia e limites gerais à busca probatória no cenário de criminalidade organizada e transnacional: a) o respeito aos direitos fundamentais; b) o princípio da não discriminação; c) o princípio da qualidade e segurança; d) o princípio da transparência, imparcialidade e *fairness;* e) o princípio do controle dos usuários. Como barreiras legais evidenciam-se as reservas de lei, com previsão clara e objetiva; de jurisdição; de catálogo; do limite temporal; e da proporcionalidade.

A partir da observância aos cinco vetores elencados pretende-se evitar que a excepcionalidade empregada na repressão à criminalidade organizada transnacional se expanda e migre à criminalidade comum. O objetivo principal da presente pesquisa é, portanto, demonstrar que, quando ausentes critérios norteadores da atividade probatória, os meios excepcionais de busca de prova, empregados na repressão da criminalidade organizada, acabam extrapolando e atingindo a criminalidade comum, com a consequente violação de direitos fundamentais e das balizas do devido processo penal.[9]

A abordagem das novas tecnologias no que tange à criminalidade transnacional justifica-se no *modus operandi* das organizações criminais, as quais se utiliza das inovações na prática delituosa. Os meios de obtenção da prova sobre os delitos das organizações devem ser adequados à *persecutio criminis* complexa. Por isso, atual e necessária a abordagem acerca das novas tecnologias, da utilização dos algoritmos de inteligência artificial fraca e forte; do *big data*; da predição no policiamento, na investigação e no julgamento, da realidade virtual do metaverso. Essa nova realidade atinge não só os meios de obtenção de prova, mas as próprias fontes de prova e a prova em si.

Num primeiro momento a abordagem evidencia os três marcos histórico-temporais (11 de setembro; quarta revolução industrial e pandemia do COVID-19), a partir dos quais se incrementaram as novas metodologias de busca da prova criminal. A seguir, o texto justifica a necessidade de serem estabelecidos limites no emprego das metodologias especiais de recolha da prova, bem como os perigos e desafios que se apresentam com a digitalização do quotidiano na era digital.

2. Marcos temporais definidores de novas perspectivas na busca de prova

2.1 O ataque às torres gêmeas em Nova York

Para que se compreenda a importância política e social dos atentados à Nova York e Washington, é necessário identificar o contexto do acontecido. Após a Guerra

[9] Vid. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica.* São Paulo: atlas, 2016, acerca do devido processo penal.

Fria, os Estados Unidos da América (EUA) vivenciaram um crescimento econômico exponencial, com um alto desenvolvimento tecnológico e militar, atingindo uma hegemonia internacional significativa. Essa influência norte-americana passou a ser vista como uma posição intermediária no binômio consenso-coerção, pendulando temporalmente entre ao planos, sem nunca excluir um ou outro termo.[10]

Nos anos que se passaram aos atentados de 2001, o que se observou, mundialmente, foi uma modificação significativa na agenda internacional, sem alterar a hegemonia americana. A segurança passou ao topo dos debates e das preocupações internacionais, em detrimento de temas econômicos e de desenvolvimento social. No cenário internacional, houve uma "maior tolerância para com ações contrárias ao Direito Internacional em nome da segurança e das políticas de poder"[11], aumentando a cobrança externa para prevenir e reprimir o fenômeno da criminalidade organizada transnacional. Exemplo claro disto foi a criação da *Patriot Act*[12], legitimado por uma "maior proteção da sociedade contra o terrorismo internacional"[13], possibilita a vigilância e o monitoramento na busca de dados, de informações de órgãos públicos e, inclusive, na vida privada dos indivíduos. Há, desde o final de 2001, um movimento, sobretudo pelos EUA, de fortalecimento da coerção estatal, a partir do emprego de novas tecnologias de investigação e do desenvolvimento de metodologias repressivas no enfrentamento à criminalidade organizada e ao terrorismo.[14] Nessa perspectiva situa-se a Resolução n. 1373 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, *verbis*:

> Observa com preocupação as estreitas ligações existentes entre o terrorismo internacional e a criminalidade organizada transnacional, as drogas ilícitas, o

---

[10] Em CUNHA, Ciro Leal da. *Terrorismo internacional e política externa brasileira após o 11 de setembro*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009, p. 24.
[11] Em CUNHA, Ciro Leal da. *Terrorismo internacional e política externa brasileira após o 11 de setembro*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009, p. 24.
[12] O *USA Patriot Act* foi aprovado pelo congresso dos EUA logo após aos atentados de 11 de setembro de 2001 e continua em vigor até hoje.
[13] Em WOLOSZYN, André Luís. *Vigilância & espionagem digital:* a legislação internacional e o contexto brasileiro. Curitiba: Juruá, 2016, p. 69.
[14] UNITES NATIONS SECURITY COUNCIL COUNTER-TERRORISM COMMITTEE. Global survey of the implementation of Security Council resolution 1373 (2001) and other relevant resolutions by Member States. Vid. DEMIRCI, Saadat Rustemova. "The role of the United Nations in the fight against terrorism", em OZEV, Muharrem Hİlmi; ERDOGAN, Aydin (eds.). *The United Nations and Its Conflict Resolution Role.* Istanbul: Istanbul University Press, 2019.

> branqueamento de capitais, o tráfico ilícito de armas, a circulação ilícita de materiais nucleares, químicos, biológicos e outros materiais potencialmente letais e, a esse respeito, sublinha a necessidade de promover a coordenação de esforços em nível nacional, sub-regional, regional e internacional para reforçar uma resposta global a estes graves desafios e ameaças à segurança internacional.[15]

Neste sentido, o Departamento de Polícia de Nova York (*New York Police Department - NYPD*) passou a realizar uma série de mudanças para implementar novas formas tecnológicas para controlar o acesso ao país e aos órgãos governamentais. Desde 2017 foram gastos mais de 300 milhões de dólares anuais em inteligência e no desenvolvimento de ferramentas contraterrorismo. A comprovar isso, em entrevista concedida à CNN [16], o vice-comissário de Inteligência e Contraterrorismo da Polícia de Nova York, John Miller, afirmou que as ferramentas até então desenvolvidas também estão sendo empregadas na solução da criminalidade comum. Nas próprias palavras de Miller, "os sistemas que foram construídos com financiamento da Segurança Interna nos anos após o 11 de setembro são para proteger a cidade de Nova York da ameaça do terrorismo". Afirma, ainda, que os policiais americanos seriam negligentes se não utilizassem dessas tecnologias para reprimir os crimes de uma maneira geral. Observa-se aqui a confirmação de uma das hipóteses de que as especialidades dos meios de obtenção da prova, migram da criminalidade organizada à criminalidade comum.

2.2 A quarta revolução industrial

Como bem enunciado pelo Parlamento Europeu, estamos em plena era da robótica, da inteligência artificial, a desencadear uma nova revolução industrial, *verbis*:

---

[15] Nações Unidas – Conselho de Segurança. S/RES/1373 (2001).
[16] Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/estrategias-adotadas-apos-11-de-setembro-sao-usadas-diariamente-pela-policia-de-ny/ Acesso em: 12/05/2022.

> *Considerando que, agora que a humanidade se encontra no limiar de uma era em que robôs, «bots», androides e outras manifestações de inteligência artificial (IA), cada vez mais sofisticadas, parecem estar preparados para desencadear uma nova revolução industrial, que provavelmente não deixará nenhuma camada da sociedade intacta, é extremamente importante que o legislador pondere as suas implicações e os seus efeitos a nível jurídico e ético, sem pôr entraves à inovação.*[17]

A quarta revolução industrial recebe a marca da convergência de tecnologias físicas, digitais e biológicas. Klaus Schwab afirma que há três razões a sustentar a ocorrência desse quarto movimento industrial: velocidade, amplitude, profundidade e impacto sistêmico.[18] Diferentemente das outras revoluções, imersa em um mundo multifacetado e profundamente interconectado, a quarta revolução industrial evolui em um ritmo exponencial e não linear. Por isso, há uma evolução constante de tecnologias, onde novas ferramentas geram outras ainda mais especializadas e qualificadas. Em relação à amplitude e profundidade, Schwab sustenta que a revolução digital, combinada com outras técnicas e tecnologias constitui-se na base desse movimento, causando uma ruptura de paradigmas sem precedentes na economia, nos negócios, na sociedade e nos indivíduos. Esse movimento não modifica apenas "o que" e "como" fazemos as coisas, mas também "quem" somos. Ademais, essa revolução envolve a transformação de sistemas inteiros entre sociedades, países e toda a estrutura econômica e industrial da rede social, gerando um impacto sistêmico relevante no contexto mundial.

Esse movimento de expansão algorítmica, virtual e digital não se refere apenas a sistemas e máquinas inteligentes e interconectadas, mas fala de ondas de novas descobertas decorrente do aprimoramento tecnológico e da interconexão entre áreas do conhecimento, como a inteligência artificial, o *machine learning,* [19] o

---

[17] Resolução do Parlamento Europeu de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)).

[18] Em SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016, p. 15 e16.

[19] Machine Learning - ML é um conjunto de métodos para detectar padrões em dados de forma automática e, utilizando esses padrões, realizar uma projeção ou encaminhar uma ação (MURPHY, 2012). "se refere à capacidade da máquina em apreender sem ter sido previamente programada, quer dizer, adquirir conhecimento a partir da experiência".

sequenciamento genético, a nanotecnologia, a computação quântica e as energias renováveis. É uma revolução capitaneada pela inteligência artificial (IA), por computadores e por robôs, na qual a fusão entre todas essas tecnologias e a interação entre os domínios físicos, biológicos e digitais transporta esse movimento para outra escala de especialização.[20]

Neste cenário, a IA é a principal responsável pela ascensão exponencial da curva tecnológica, da capacidade de processamento das máquinas e pela disponibilidade de grande quantidade de dados – como *softwares* empregados em novos medicamentos até algoritmos que preveem a probabilidade de ocorrer um crime em uma certa localização. A insegurança gerada a partir dos algoritmos por detrás desse tipo de inteligência se constitui em um problema importante. Conforme salienta Schwab, "muitos desses algoritmos aprendem a partir das "migalhas" de dados que deixamos no mundo digital", resultando em uma série de "novos tipos de "aprendizagem automática" e captação de dados que possibilitam robôs "inteligentes" e computadores a se autoprogramar e (re)encontrar as melhores soluções a partir das premissas iniciais inseridas no código. Diante dessa realidade, cabe o questionamento: como esses algoritmos são desenvolvidos? Quais as premissas utilizadas para a sua construção? É possível que o código seja alterado ao longo do tempo, pela aprendizagem da máquina? Como isso impacta no resultado e na mineração de dados gerada pela inteligência artificial? O que se percebe, portanto, é que há uma série de respostas que devem ser dadas – e limites devem ser estabelecidos – para que se tenha um mínimo de segurança no uso e no emprego dessas novas tecnologias no contexto criminal, seja durante a investigação, no processamento, no julgamento ou no cumprimento das penas.

Esse enxame digital, melhor, massa digital contemporânea diferenciada das massas, por ser importar não o coletivo, mas o individual, o *profile* próprio, diferentemente da massa humana tradicional (Byung-Chul Han), muitas questões se evidenciam: a) a realidade digital interfere no exercício do poder político, mas também no direito e nos poderes de investigar, processar, julgar e fazer cumprir a penas; b) quiçá estejamos vivendo uma nova forma de escravidão; c) a nova

---

[20]Em SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016, p. 19.

realidade virtual impacta nos comportamentos, sensações, percepções, pensamentos, no direito, inclusive nas metodologias de busca de prova; d) redes neuronais e novas experiências com o cérebro poderão desencadear novas realidades vitais. Assim como o *homo digitalis* ou *homo eletronicus* não é um ninguém na massa digital, há o perigo de as metodologias nesse universo digitalizado e direcionado às organizações criminosas, se tornarem exponencialmente ocultos, opacos, atípicos e com carga de tarifamento probatório superior e incontestável.

Nessa realidade digital e virtual, a regra é a efemeridade, a instabilidade e a volatilidade. Por isso, por um lado, as metodologias tradicionais se tornam ineficazes e inapropriadas à reconstrução da realidade probatória digital e virtual, onde a *internet of things* (IoT) interligará o humano às coisas e estas entre si, formando uma aldeia tecno-humana, com simbiose entre o biológico e o mental, entre os objetos, com escassa ou nenhuma intervenção humana, mas em grande difusão. Por outro, incrementam-se os riscos de erosão das garantias processuais, mormente do contraditório e da ampla defesa.

2.3 A pandemia do Covid-19

A pandemia de Covid-19 é considerada um marco histórico do século XXI, tanto pelo contexto sanitário e social, quanto pelo desenvolvimento científico e tecnológico. Esse marco nos arremessou ao futuro e acelerou, significativamente, a utilização de uma série de novas e recentíssimas tecnologias em todas as esferas da vida. Observa-se: generalização do uso de tecnologias da informática móvel e de comunicação; o uso de algoritmos da inteligência artificial, a *machine learning*, bem como a mineração de dados; a realidade do metaverso; o intercâmbio de informações por via satélite de alta velocidade; o desenvolvimento de tecnologias de vigilância digital e permanente, como o reconhecimento facial; o emprego de técnicas de biovigilância e o biocontrole; o aumento do poder e controle das redes sociais.

Deparamo-nos, atualmente, com uma nova gestão semiótica, técnica e digital informadas: pela extensão planetária da internet; pela generalização do uso de

tecnologias informáticas e móveis; pelo uso da inteligência artificial e de algoritmos na análise de *big data*; pelo intercâmbio de informação em grande velocidade; pelo desenvolvimento de dispositivos globais de vigilância informática através de satélite. Verifica-se, pois, uma verdadeira simbiose, cada vez mais frequente, do biológico com o digital e com a navegação nos ambientes virtuais do metaverso. Essa simbiose atingirá toda estrutura clássica do direito penal, do direito processual penal e da administração da justiça, interferindo, sobremaneira, nas metodologias da busca da prova e na especialidade admitida nos casos criminais envolvendo a criminalidade transnacional.

No direito penal material, por exemplo, pode-se citar a responsabilidade criminal de fatos causados por veículos autônomos ou praticados no metaverso. No processo penal, verifica-se a efetivação de um estatuto criminal que legitime a utilização das novas tecnologias baseadas em IA, desde a investigação, passando pelo processo, pela obtenção da prova, pela formação da convicção judicial, chegando até a execução das penas. Cada vez mais, e altamente estimulados pelos acontecimentos sociais, os avanços da neurociência e da neurofilosofia problematizam a cognição, a ação e a reação, bem como o ato de decidir.

3. Limites na busca das provas

Inúmeros são os desafios que se colocam com a utilização de novas tecnologias no contexto da investigação criminal[21]. A sofisticação da forma de atuação da criminalidade organizada, notadamente a partir de *ciberattacks*[22], teve como consequência direta o aprimoramento investigativo e o emprego de novas tecnologias na busca de provas. Há um aumento significativo nos questionamentos

---

[21] Vid. GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal.* São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, acerca das crises, misérias e novas metodologias investigatórias.

[22] São citados pelo menos cinco tipos de ameaças que variam de forma ascendente de acordo com a motivação e a potencialidade do risco. O cibervandalismo é caracterizado por ações de *hackers* motivados por desafios, brincadeiras ou desprezo. Já, no cibercrime, há uma violação a um bem tutelado penalmente. A ciberespionagem possui como motivação específica a obtenção de segredos comerciais, industriais e governamentais. O ciberterrorismo, por sua vez, preocupa-se em atingir estruturas críticas de uma região ou país, podendo ocasionar colapso nos serviços básicos e ameaçando a integridade do país. E, por fim, a ciberguerra afeta a soberania de uma nação a partir de ataques virtuais. Vid. WOLOSZYN, André Luís. *Vigilância & espionagem digital:* a legislação internacional e o contexto brasileiro. Curitiba: Juruá, 2016, p. 53 e 54.

e nas problemáticas que envolvem a busca e o compartilhamento de provas no que tange à criminalidade organizada. Metodologias virtuais mais sofisticadas, como o uso de reconhecimento facial, o acesso remoto à nuvem, a busca de informações por aplicativos de conversa como *whatsapp* e *telegram*, a utilização de *softwares* espiões e *malwares* (agentes infiltrados digitais) etc., são meios usualmente empregados na busca de provas.[23] Ainda no campo probatório, pode-se citar o emprego de IA no auxílio a cálculos e predições que facilitem a localização de vestígios ou indícios de prova, levando em consideração fatos similares e anteriores. No campo da psicologia, por exemplo, é possível empregar novas tecnologias para avaliar a credibilidade de uma declaração em função do tempo de memória ou da idade.[24] Há, portanto, um esforço comum no uso de ferramentas virtuais e digitais, que compartilham, em sua essência, a aquisição e o processamento de dados pessoais, sensíveis ou não, dos investigados.

Neste cenário de acelerado aprimoramento tecnológico, os órgãos de inteligência e os sistemas de estratégia policiais utilizam-se de bancos de dados para desenvolver novas ferramentas de investigação. Desses bancos de dados é possível extrair informações específicas a partir do mapeamento e da localização de certos indivíduos, além da aquisição de padrões físicos decorrentes de reconhecimentos faciais, o que possibilita eleger potenciais suspeitos e vítimas de crimes e, ainda, desenvolver estratégias de atividade policial ostensiva em locais que guardam uma maior probabilidade de ocorrência de um evento criminoso. É o denominado policiamento que vem sendo, desde os acontecimentos de 2001, tecnologicamente aprimorado. Aqui se inserem a espionagem digital, a vigilância, o monitoramento e a repressão direcionada. O controle e a prevenção sociais, a partir dessa nova realidade tecnológica, tornam-se digital e *ante factum*. Ou seja, a investigação e a resposta se dão antes mesmo da ocorrência de um potencial fato criminoso. É sob o argumento da atuação preventiva e de aprimoramento da

[23] Modelos geoespaciais (*hotspots* – pontos de acesso) vem sendo substituídos, gradativamente, por instrumentos de inteligência artificial que utilizam as técnicas de bigdata para investigar condutas passadas e acessar a fase preparatória do crime, identificando não apenas os *hotspots*, mas uma lista de prováveis autores de crimes, geradas por algoritmos (*heatlists* - listas de calor).

[24] Em MARTÍN DIZ, Fernando. Justicia predictive: inteligencia artificial y algoritmos aplicados al proceso judicial en materia probatória, em: BUENO DE MATA, Federico Bueno (director) *El impacto de las tecnologícas disruptivas en el derecho procesal*. Navarra: Thomson Reuters, 2022, p. 143.

segurança social que uma série de direitos fundamentais acabam sendo violados, como a intimidade e a vida privada.

Através dos bancos de dados também é possível construir perfis (*profilings*) - de pessoas ou de grupos – que servem como instrumento na busca de eventuais suspeitos e investigados. Ademais, a aplicação de algoritmos tem sido empregada na busca por padrões de comportamento, rastreando correlações entre crimes e pessoas ou crimes e locais, e estabelecendo prognósticos a partir dos metadados coletados pelas forças de segurança pública. Nesse contexto, as informações dos indivíduos são lançadas no universo –físico e digital-, voluntariamente ou não, conscientemente ou não, e estão sendo captados, armazenados, processados e monetizados, tanto por corporações privadas, quanto pelo setor público.

Partindo do estado de direito e reconhecendo as consequências decorrentes do emprego das novas tecnologias na busca pela prova penal na criminalidade organizada, é pertinente e necessário o estabelecimento de balizas que limitem, ou, pelo menos, norteiem, a atividade investigativa e processual, evitando o emprego indiscriminado dessas novas formas de tecnologia a qualquer tipo de investigação criminal. A Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente[25], é um importante referencial, a qual é destinada a entes públicos e privados responsáveis pela utilização de ferramentas e serviços de inteligência artificial que impliquem no tratamento de decisões e dados judiciais, além de se dirigir também ao legislativo, ao executivo e aos agentes públicos responsáveis pelo desenvolvimento, auditoria ou utilização dessas ferramentas e serviços de IA. O objetivo da carta é promover uma aplicação mais transparente, imparcial e equânime dessas soluções, tendo como fundamento cinco princípios necessários de serem pensados no contexto das novas tecnologias.

Na mesma lógica de limitação ao emprego do uso da IA, o Parlamento Europeu[26] estabeleceu sete vetores éticos que devem ser observados quando do emprego da IA. Dentre eles, destaca-se a privacidade e a governança de dados, a

[25] Comissão Europeia para a Eficácia da Justiça (CEPEJ) - Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente.

[26] *Comunication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions. Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligence.*

transparência, a articulação técnica e segurança, a diversidade, a não discriminação, a equidade e a responsabilidade social. No mesmo sentido é a Resolução do Parlamento Europeu de 06/10/2021[27], sobre IA no Direito Penal e sua utilização por autoridades policiais e judiciais, cujo texto aponta no sentido de que

> quaisquer instrumentos de IA desenvolvidos ou utilizados pelas autoridades policiais ou judiciais devem, no mínimo, ser seguros, robustos, fiáveis e adequados ao fim a que se destinam, respeitar os princípios de equidade, da minimização dos dados, da responsabilização, da transparência, da não discriminação e da explicabilidade, e que o seu desenvolvimento, implantação e utilização devem ser sujeitos a uma avaliação dos riscos e a testes rigorosos de necessidade e proporcionalidade, em que as salvaguardas devem ser proporcionais aos riscos identificados; destaca que a confiança dos cidadãos na utilização da IA desenvolvida, implantada e utilizada na UE depende do pleno cumprimento desses critérios.

O que se percebe, portanto, é um movimento orientado que busca estabelecer parâmetros limitadores ao emprego e uso de novas tecnologias – nestes casos a IA – em diversos cenários processuais, visando a simplificação dos procedimentos e da organização judicial.[28] Neste mesmo sentido, o que se propõe é um rol principiológico que sirva como norte e como limite à busca da prova no contexto da criminalidade organizada. Nesta lógica, o campo probatório deve ter objetivos claros e bem delimitados dentro do escopo investigativo e processual. Esses objetivos devem ser direcionados de acordo e em pleno respeito aos direitos fundamentais, pela Convenção Europeia de Direito dos Homens e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Os direitos fundamentais impõem barreiras protetivas aos indivíduos submetidos ao poder estatal e, portanto, há limites que não podem ser ultrapassados

---

[27] Resolução do Parlamento Europeu, de 6 de outubro de 2021, sobre a inteligência artificial no direito penal e a sua utilização pelas autoridades policiais e judiciárias em casos penais (2020/2016(INI)). Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0405_PT.html Acesso em: 17 maio. 2022.

[28] Em REIFARTH MUÑOZ, Walter. El uso de la inteligencia artificial en el proceso judicial y los derechos fundamentales, em: BUENO DE MATA, Federico (director) *El impacto de las tecnologícas disruptivas en el derecho procesal*. Navarra: Thomson Reuters, 2022, p. 204.

sob a justificativa de uma investigação mais "eficiente". Manuel Valente sustenta que a sociedade de hoje, também chamada de "internético-personocêntrica", não possui qualquer dinâmica gravitacional de espaço e tempo, com a consequente digitalização do pensamento e dos sentimentos, que se espalham em segundos a partir de um clique e se tornam dados vulneráveis ao controle policialesco.[29] Todavia, há princípios e valores que mesmo numa sociedade expositiva devem firmar-se como uma barreira intransponível quando se trata da obtenção da prova e da aplicação da sanção criminal.

A partir de uma perspectiva legal e constitucional, o levantamento de provas representa uma intervenção em direitos fundamentais,[30] os quais também são responsáveis por demarcar os espaços em que o Estado não está autorizado a adentrar. O que ocorre nesse novo contexto tecnológico é a perda do referencial de espaço e tempo e a superação de barreiras antes intransponíveis. Neste sentido, é imperioso que o *Respeito aos Direitos Fundamentais* (princípio fundamental) e às regulamentações legais sejam tidos como balizas para que tecnologias disruptivas não sejam implementadas em contextos que não as suportam. Aqui se inserem as reservas da legalidade e da jurisdicionalidade. O direito à vida, à integridade pessoal (física, psíquica e digital), à intimidade da vida privada e familiar, à liberdade, à palavra, à imagem e à honra constituem o cerne, a esfera central das relações de vida e "preenchem o conteúdo nuclear material da dignidade da pessoa humana".[31] Logo, no que tange às novas formas de investigação de busca por provas no contexto processual penal, jamais se pode admitir que essas novas tecnologias – ainda pouco compreendidas – sejam empregadas de maneira irrestrita na *persecutio criminis* de qualquer espécie, mesmo em se tratando de criminalidade transnacional.

A *Não Discriminação* (segundo princípio) veda os vieses que podem ser gerados a partir do emprego de tecnologias de coleta e mineração de dados e da aplicação da *machine learning* às informações captadas. Neste cenário, faz-se

---

[29] Em VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito Processual Penal:* da sociedade internético-personocêntrica. Lisboa, 2020, p. 39.

[30] Em GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. *O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública.* Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 114.

[31] Em VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito Processual Penal:* da sociedade internético-personocêntrica. Lisboa, 2020, p. 69.

necessário evitar o desenvolvimento e o uso de tecnologias que agravem ou reproduzam qualquer tipo de discriminação. Ademais, é imprescindível que, assim que detectado qualquer viés metodológico, o uso da tecnologia seja suspenso e que os desfechos gerados a partir do seu uso sejam avaliados e, se necessário, corrigidos a partir dos outros princípios norteadores da busca da prova.

A partir da *Qualidade e Segurança* (terceiro princípio) o que se objetiva é que os responsáveis pelo desenvolvimento dessas novas tecnologias sejam capazes de recorrer a diferentes experiências profissionais e referências acadêmicas/pesquisa nos campos do direito, das ciências sociais, das neurociências etc. Com a formação de equipes multidisciplinares e mistas, se busca compreender de maneira ampla a correta aplicação dessas novas tecnologias e produzir modelos mais funcionais e menos enviesados de busca de prova.

Especificamente em relação ao emprego de algoritmos e de inteligência artificial, deve-se garantir que os *softwares* de aprendizagem automática sejam provenientes de fontes certificadas e confiáveis**,** não sendo modificados ao longo do tempo. Ainda numa lógica de segurança e de garantia da qualidade do resultado gerado, é indispensável que se encontre um equilíbrio entre a transparência, a imparcialidade e o *fairness*, ou seja, a equidade. A partir da *Transparência, Imparcialidade e Fairness* (quarto princípio) assegura-se, dentro de uma lógica de garantia da justiça, a transparência da fonte de prova e da técnica empregada, que podem ser explicitadas a partir da documentação da busca pela prova, da exposição do código fonte utilizado na metodologia empregada etc.[32]

Neste contexto, é indispensável a publicidade do funcionamento e das premissas que servem de base à construção do algoritmo ou da tecnologia. Para além disso, a cadeia de custódia dos dados e de todas as informações coletadas deve ser garantida, permitindo-se a rastreabilidade do procedimento e assegurando a não ocorrência de qualquer alteração que impacte tanto no conteúdo do dado, quanto no significado gerado a partir da aplicação da tecnologia. A dinâmica processual requer uma gestão da informação adequada, que leve em consideração

---

[32] Em REIFARTH MUÑOZ, Walter. El uso de la inteligencia artificial en el proceso judicial y los derechos fundamentales, em: BUENO DE MATA, Federico (director) *El impacto de las tecnologícas disruptivas en el derecho procesal*. Navarra: Thomson Reuters, 2022, p. 209.

a licitude, a validade, a credibilidade, a objetividade e a fiabilidade do tratamento dos dados.[33] Limites como estes são necessários para que se tenha um mínimo de respeito ao contraditório, à ampla defesa e à paridade de armas no contexto processual penal, sem exceção.

Ademais, faz-se mister impedir uma abordagem prescritiva do emprego das novas tecnologias na busca pela prova e garantir que os usuários que a utilizam sejam agentes competentes, informados e que possuam o conhecimento para controlar as ferramentas.[34] Trata-se do *Princípio do Controle dos Usuários* (quinto princípio). Nesta lógica, é imperioso que os profissionais possam rever e acompanhar os resultados gerados a partir do mapeamento e do tratamento dos dados, sendo possível interpretar e identificar os resultados relacionados a um caso específico.

O compartilhamento de informações, em larga escala por imagem, opiniões, identificações pessoais, laborais, familiares, de toda a vida de relação, necessita de barreiras, de limites, mesmo em se tratando de criminalidade transnacional, dadas pela proteção constitucional da privacidade, da segurança, do direito de ser esquecido, do consentimento qualificado.

4. Perigos e desafios: presentes e futuros

Neste cenário de incertezas, há uma série de perigos e desafios. Primeiramente, mesmo que não seja objeto deste capítulo, há que ser verificada a hipótese de a criminalidade organizada transnacional incrementar o seu *modus operadi* com o emprego das novas tecnologias e inovações, como a criação de seus próprios bancos de dados, seus mecanismos de vigilância e observação, a utilização de algoritmos de inteligência artificial, tanto na prática quanto na ocultação de ilícitos.

---

[33] Em MARTÍN DIZ, Fernando. Justicia predictive: inteligencia artificial y algoritmos aplicados al proceso judicial en materia probatória, em: BUENO DE MATA, Federico (director) *El impacto de las tecnologícas disruptivas en el derecho procesal*. Navarra: Thomson Reuters, 2022, p. 142.

[34] O facebook, ao mudar o algoritmo com a intenção de incrementar a interação familiar, inesperadamente, observou que a consequência foi o aumento de conteúdos agressivos na rede, segundo o *wall street journal* de 15/09/2021.

Inicialmente se percebe o incremento do emprego de novas tecnologias no que tange à criminalidade organizada, que se transferem à criminalidade comum, justificando um quase "estado de Guerra" permanente ou um estado de exceção permanente.[35] O emprego de tecnologias de reconhecimento fácil ou de dados biométricos em espaços públicos, legitimados a partir do enfrentamento à criminalidade organizada, resultam na criação de espaços constantemente vigiados e na captação não consentida de dados e de padrões físicos dos indivíduos de um modo geral. Nesse cenário, os titulares dos dados acabam sendo obrigados a consentir com o fornecimento das suas informações para efetivar direitos fundamentais como, por exemplo, o de ir e vir, a exemplo do ingresso em países.

Outro risco é o emprego de novas tecnologias na investigação criminal e que deve ser encarado com seriedade a dominação e exclusão de minorias, a exemplo da população negra, dos encarcerados, dos imigrantes, com a inserção de padrões algorítmicos discriminatórios[36]. Nesta lógica discriminatória e seletiva, um relatório de pesquisas independentes desenvolvido pelo *Royal United Services Institute for Defence and Security Studies* do Reino Unido mostrou que o emprego indiscriminado de IA pode levar a que certos grupos de pessoas sejam mais frequentemente detidos e revistados pelas autoridades policiais do que outros, violando, neste caso, a presunção de inocência e os princípios da igualdade e da equidade.[37] Neste cenário, a vigilância da IA dos chamados "pontos críticos" pode, na realidade, aumentar a discriminação geográfica e social, uma vez que o controle preditivo[38] nessas áreas

---

[35] Vid. AGAMBEN, Gorgio. *Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2004, acerca das várias concepções da vida e em *Estado de exceção.* São Paulo: Boitempo, 2021, acerca do perene estado de exceção, caracterizado pela supressão de direitos e garantias.

[36] Segundo o *New York Times* (2018), quando o reconhecimento facial era de pessoas brancas o acerto chegava a 98%, mas quanto mais escura a pele, maior o percentual de erro, chegando a 35% de erro quanto às mulheres negras. Em edição de 2020, informou que os programas de identificação facial estavam sendo utilizados em todos os Estados Americanos. Os policiais da Flórida consultam o sistema 4.600 vezes por mês. O software *strategic subject list* é utilizado para "ranquear" indivíduos, em pontuações de 0 a 500, como potenciais infratores ou vítimas. Na lista de Chigago, por exemplo, em idade entre 20 a 29 anos, os brancos ocupam apenas 2%.

[37] Em BABUTA, Alexander; OSWALD, Marion. *Data Analytics and Algorithmic Bias in Policing*. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/831750/RUSI_Report_-_Algorithms_and_Bias_in_Policing.pdf. Acesso em: 17/05/2022.

[38] O controle preditivo, uma verdadeira técnica de controle, utiliza-se estratégias com o intuito de identificar possíveis e futuros delinquentes, sujeitos com propensão à prática de determinados delitos ou mesmo serem vulneráveis a elas. Na realidade, se trata de presunção probabilística, para "evitar que o crime ocorra". Comumente são utilizados sistemas de acompanhamento, espionagem e

são mais acentuados, com o consequente aumento da seletividade social e de prisões direcionadas a grupos específicos, ainda que sem qualquer envolvimento em qualquer fato criminoso.

Outra problemática que decorre dessas novas ferramentas e metodologias de busca por prova na criminalidade organizada – e que são transportadas à criminalidade comum - é o incremento do anonimato. Partindo do uso de testemunhas, de informantes anônimos e da criação de relatórios de inteligência dos quais se desconhece a fonte que uma série de violações a direitos e garantias fundamentais são justificadas. Se a ideia de um agente infiltrado físico já denuncia esse anonimato, as novas tecnologias potencializam e extrapolam este cenário de desconhecimento. A partir do uso de *softwares* espiões e de *malwares*, é possível ingressar silenciosa e anonimamente, sem qualquer limite espaço-temporal, na esfera digitais e na vida de outros indivíduos, acessando conteúdos de forma irrestrita e coletando dados pessoais sensíveis que sequer interessam ou se justificam naquele contexto de investigação.

O que se percebe, portanto, é que o uso desenfreado de novas tecnologias no controle penal e no policiamento preditivo, justificado a partir do denominado combate à criminalidade organizada e da segurança pública nacional e internacional, acaba por invadir a vida privada de uma série de indivíduos e se expande ao cenário da criminalidade comum[39]. Os principais desafios a serem enfrentados é a garantia dos princípios basilares do processo penal, como o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência. Em muitos casos não há uma transparência em relação à técnica e ao algoritmo empregado e nem como as ferramentas processam de dados, impossibilitando que os investigados questionem e combatam eventuais vieses e erros gerados pela máquina. Sem transparência de informações é impossível qualquer exercício de contraditório e de plena defesa.

---

vigilância permanentes e totais. Inicialmente há uma delimitação geográfica (*hic sunt leones*), com estruturação de categorias de suspeitos. Posteriormente o que coletado e observado vira estatística numérica.

[39] O *software predepol* usa 3 pontos de dados: tipo de crime, localização do crime e data/hora do crime - para criar suas previsões. Os policiais são instruídos a passar cerca de 10% de seu tempo patrulhando os dados da *predpol* (cerca de 6 minutos por hora).

Tradicionalmente, a busca da prova ocorre após a prática do delito (pós-crime), mas as novas tecnologias, mormente as de vigilância (total, constante, insidiosa e integral) e de prevenção, incrementam a obtenção da prova antes de o delito ser praticado (pré-crime), invertendo-se a perspectiva linear investigativa e probatória. Ademais, incrementa-se o risco de a atuação ser *in personam* e não *in factum*. Determinadas pessoas e espaços temporais passam a ser fontes de perigo e de prova.[40] Essas metodologias preditivas criam uma verdadeira teia de captura de indícios e provas, mesmo que frágeis e obscuras, procedendo a uma pesca criminal predatória, sem respeitar as garantias constitucionais e convencionais, mormente a intimidade, a privacidade, o direito de ir, vir e ficar, de não ser olhado desde a obscuridade, do incerto e *full time*,[41] bem como o de ser deixado em paz.

No que tange à presunção de inocência, problematiza-se o uso dessas ferramentas preditivas que realizam um pré-julgamento a partir de informações específicas – que, novamente, muitas vezes sequer se conhece a fonte – coletadas, não raras vezes, sem o consentimento dos indivíduos. Esse julgamento *a priori*, que seleciona pessoas específicas como "potenciais suspeitos", desprovido de informação fática adicional que dê subsídio mínimo para questionar o percurso transcorrido durante a investigação, denuncia o preconceito estrutural e social do sistema criminal.

Não é dificultoso prever que as informações algorítmicas, com todos os seus vieses, se transformem em prova irrefutável, em dogma e tarifamento da verdade algorítmica, sem qualquer possibilidade de dialética sobre os fatos, de contraditório e sem impugnabilidade suficiente. Há o risco de o conhecimento sobre os fatos ser substituído por meros dados informacionais interpretados por sequências algorítmicas, com afastamento do debate público e contraditório no processo. Com isso se eliminaria qualquer chance de a defesa se contrapor à verdade tecnológica

---

[40] Vid. HARCOURT, Bernard. *A contrarrevolução: como o governo entrou em Guerra contra seus próprios cidadãos*. São Paulo: Glac edições, 2021, acerca da vigilância total e integral, de tudo e de todos.

[41] Vid. CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 142.

informacional ou algorítmica.[42] O conhecimento de como funcionam os algoritmos, bem como a possibilidade de escrutinar a imparcialidade na configuração dos algoritmos de inteligência artificial será acessível à defesa? Para que seja exercido o contraditório em sua essência, se faz mister estabelecer critérios de transparência no que tange à sequência dos algorítmos e de como estão dispostos.

Com a gigantesca disponibilização gratuita de dados nas redes sociais, em atividades comerciais e de lazer, sua captação, armazenamento, tratamento e gestão no plano de organizações privadas e disponibilizados por órgãos privados, incrementam-se os riscos da privatização dos meios de obtenção da prova e da sobreposição do privado ao público, com a obtenção e controle da prova por entidades privadas. Quiçá nós mesmos estejamos publicizando a intimidade, nossos padrões privados, inclusive os dados sensíveis. Seria necessário o consentimento à captação, armazenamento, compartilhamento? Como refere Sadin, surge um horizonte virtualmente infinito a coletar, inclusive por meio de sensores, todo e qualquer tipo de informação em formato digital, correndo-se o perigo destas informações constituírem-se em fonte de prova universal.[43]

Em suma, assim como o *homo digitalis* ou *homo eletronicus* não é um ninguém na massa digital, sendo premente o perigo de as metodologias nesse universo digitalizado e direcionado às organizações criminosas, se tornarem exponencialmente ocultos e atípicos, transladando-se à criminalidade comum utilização pela criminalidade organizada da realidade da desintegração do comum e do comunitário para praticar delitos. Vários são os perigos e riscos a evidenciar: o incremento dos meios ocultos de obtenção de prova; as fontes de conhecimento e de prova se tornem irrefutáveis; a exclusão digital; a ausência de transparência na coleta, tratamento, gestão e compartilhamento dos dados; erosão do que de humanidade ainda preservamos; privatização da segurança, incluindo sistemas de alarme, monitoramento, câmeras, radares e sensores; transformação do ser humano

---

[42] Vid. MOROZOV, Evgeny. *BigTech: a ascensão dos dados e a morte da política***.** São Paulo: Ubu Editora, 2018. p, 110, ao referir que a problemática do processo penal poderia ser transformada em mero problema informacional.
[43] SADIN, Eric. *La Vie Algorithmique: Critique de la raison numérique***.** L'échappée, collection "Pour en finir avec", 2015.

em *bits*, modelado pelos algoritmo; insegurança gerada a partir dos algoritmos por detrás desse tipo de inteligência.

Considerações finais

A criminalidade organizada transnacional acompanha os movimentos políticos, a (des)organização do Estado, os movimentos financeiros internacionais, os fenômenos históricos e comerciais, de modo a se estruturar antes mesmo dos Estados e do Direito iniciarem a operar nesse âmbito. Na parte material, dos visíveis delitos de roubo a banco, homicídios, narcotráfico, tráfico de pessoas e órgãos, lavagem de capitais, comércio de armas,[44] as organizações passaram aos delitos contra a flora e fauna, crimes ambientais – extração e comércio de minérios; crimes contra o patrimônio cultural, com lavagem de dinheiro nos arremates em leilões, crimes cibernéticos, crimes contra o erário público, crimes informáticos e digitais e corrupção em alta escala.

Com o avanço e aceleração da inovação tecnológica, estamos experimentando a passagem do oculto ao invisível imperceptível; do físico ao virtual; do agente secreto físico (*undercover*) aos agentes secretos virtuais, guiados por sequência de algoritmos de inteligência artificial; da especificidade à generalidade. Iminentes são os riscos inerentes ao abandono da dialética sobre os fatos, bem como à admissibilidade do dogma e do tarifamento da verdade algorítmica. Ademais, da confidencialidade completa do *whistleblower* e das testemunhas e juízes sem rosto, anônimos, está se passando às informações por mecanismos invisíveis e de inteligência artificial, com informações, acusações e juízos por entes não biológicos e de cognição incontrolável.

Essas estruturas especializadas, hierárquicas, economicamente organizadas em redes, encontram nas tecnologias inovadoras e nos ambientes virtuais (*deep*[45] e

---

[44] Vid. ALBRECHT, Hans-Jörg. *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero.* Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derech, 2001, acerca dos mercados ilegais onde costuma operar a criminalidade organizada transnacional: mercados ilegais, migração e imigração, minorias étnicas, narcotráfico, lavagem de dinheiro, por exemplo.

[45] Na *Deep Web*, o conteúdo não é indexado pelos sites tradicionais de busca.

dark web[46], no metaverso e nas redes sociais, *v.g.*) um fértil terreno ao aprimoramento do seu *modus operandi*, de sorte que o próprio conhecimento se torna uma fonte de perigo.

São necessários e admissíveis meios especiais e específicos de obtenção da prova em se tratando de criminalidade organizada transnacional, muito além dos tradicionais (buscas e apreensões de documentos, depoimentos de testemunhas, perícias, etc.), ou seja, meios específicos e com técnicas especiais. Contudo, essas técnicas especiais de investigação devem sempre buscar aderência firme e conformidade rígida aos regramentos constitucionais e convencionais. Seu uso como meio de obtenção probatória se mostra devidamente legítimo desde que: possuam fundamento em lei anterior; tenham regramentos claros e bem definidos no ordenamento jurídico; tenham prévia autorização judicial; subordinem-se aos limites da tipologia criminal para a qual tenham sido admitidos; detenham rigoroso prazo temporal, evitando-se intromissões *ad eternum* nos direitos fundamentais dos investigados.

Ademais, o emprego de métodos especiais se mostra legítimo quando a prova não puder ser assegurada pelas metodologias tradicionais menos invasivas, com rigoroso escrutínio judicial. Os métodos investigativos extraordinários são admissíveis quando a prova não puder ser obtida pelos meios disponíveis, ou seja, consideradas as circunstâncias da investigação, as provas pretendidas não puderem ser obtidas por outros meios, sob o risco de se comprometer toda a investigação (especialidade de *ultima ratio*).

É ilusório e improvável que os algoritmos, a IA fraca ou a forte superarão a dúvida e a insegurança e que serão neutros e transparentes. As novas tecnologias, os bancos de dados, os algoritmos de inteligência artificial devem estar a serviço do desenvolvimento do ser humano e não estes adaptarem-se a eles.

---

[46] Na *Dark Web* somente se consegue navegar por meio de servidores especiais, como o TOR, IP2, FREENET e CUSTOM DMS, por exemplo.

Referências

AGAMBEN, Gorgio. *Homo sacer. O poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* São Paulo: Boitempo, 2021.

ALBRECHT, Hans-Jörg. *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero.* Tradução de Oscar Julián Guerrero Peralta. Bogotá: centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofia del Derecho, 2001.

BABUTA, Alexander; OSWALD, Marion. *Data Analytics and Algorithmic Bias in Policing*. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/831750/RUSI_Report_-_Algorithms_and_Bias_in_Policing.pdf Acesso em: 17 maio. 2022.

BADARÓ, Gustavo. "Processo Penal e Criminalidade Organizada", em: *Revista Jurídica Luso-Brasileira,* ano 1, n. 1, p. 99-129, 2015. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_0099_0129.pdf Acesso em: 11 maio. 2022.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.* São Paulo: Editora 34, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUENO DE MATA, Federico (diretor). *El impacto de las tecnologías disruptivas en el derecho procesal.* Madri: Aranzadi, 2022.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. *O fim do milênio.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

COMISSÃO EUROPEIA PARA A EFICÁCIA DA JUSTIÇA (CEPEJ). Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente. Disponível em: https://rm.coe.int/carta-etica-traduzida-para-portugues-revista/168093b7e0 Acesso em: 17/05/ 2022.

COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE

COMMITTEE OF THE REGIONS. BUILDING TRUST IN HUMAN-CENTRIC ARTIFICIAL INTELLIGENCe. COM (2019) 168 final. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52019DC0168 Acesso em: 17/05/2022.

CUNHA, Ciro Leal M da. *Terrorismo internacional e política externa brasileira após o 11 de setembro*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009, p. 24. Disponível em: http://funag.gov.br/loja/download/617-Terrorismo_Internacional_E_PolItica_Externa_Brasileira_Apos_O_11_De_Setembro.pdf Acesso em: 12/05/2022.

CUNHA, Danilo Fontanele Sampaio. Criminalidade Organizada: antigos padrões, novos agentes e tecnologias. *Ponto Urbe*, n. 8, p. 1-29, 2011. Disponível em: https://journals.openedition.org/pontourbe/1752#quotation Acesso em: 11/05/2022.

DAVIN, João. *A criminalidade organizada transnacional.* Coimbra: Almedina, 2007.

DEMIRCI, Saadat Rustemova. The role of the United Nations in the fight against terrorism. In: ÖZEV, Muharrem Hi̇lmi; ERDOGAN, Aydin (eds.). *The United Nations and Its Conflict Resolution Role.* Istanbul: Istanbul University Press, 2019. Disponível em: https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=the-un-and-its-conflict-resolution-role.pdf Acesso em: 12/05/2022.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica.* São Paulo: atlas, 2016.

GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. *O drireito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública.* Rio de Janeiro: Marcial Ponta, 2021. HARCOURT, Bernard. *A contrarrevolução: como o governo entrou em Guerra contra seus próprios cidadãos.*São Paulo: Glac edições, 2021.

MARTÍN DIZ, Fernando. Justicia predictive: inteligencia artificial y algoritmos aplicados al proceso judicial en materia probatória, em: BUENO DE MATA, Federico (director) *El impacto de las tecnologícas disruptivas en el derecho procesal*. Navarra: Thomson Reuters, 2022.

MOROZOV, Evgeny. *BigTech: a ascensão dos dados e amorte da política***.** São Paulo: Ubu Editora, 2018.

NAÇÕES UNIDAS. CONSELHO DE SEGURANÇA. S/RES/1373 (2001) Disponível em: https://www.bcv.cv/pt/Supervisao/Mercado%20de%20Capitais/AGMVM/AMLCFT/Documents/Resolucao_13732001_PT.pdf Acesso em: 12/05/2022.

ORLANDI, Renzo. O procedimento penal por fatos de criminalidade organizada: do maxi-processo ao «grande processo». *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 7, n. 3, p. 2105, 2021.

PEREIRA, Eliomar da Silva; WERNER, Guilherme Cunha; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coords.) *Criminalidade organizada: investigações, direito e ciência*. São Paulo: Almedina, 2017.

RESOLUÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU DE 16 DE FEVEREIRO DE 2017. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_PT.html Acesso em: 17/05/ 2022.

REIFARTH MUÑOZ, Walter. El uso de la inteligencia artificial en el proceso judicial y los derechos fundamentales, em: BUENO DE MATA, Federico (director) *El impacto de las tecnologícas disruptivas en el derecho procesal*. Navarra: Thomson Reuters, 2022.

RESOLUÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU, DE 6 DE OUTUBRO DE 2021. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0405_PT.html Acesso em: 17/05/2022.

ROCHA, Manuel Lopes; PEREIRA, Rui Soares (coords). *Inteligência Artficial e Direito.* Coimbra: Edições Almedina, S.A, 2020.

SADIN, Eric. *La Vie Algorithmique: Critique de la raison numérique.* L'échappée, collection "Pour en finir avec", 2015.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

UNITES NATIONS SECURITY COUNCIL COUNTER-TERRORISM COMMITTEE. Global survey of the implementation of Security Council resolution 1373 (2001) and other relevant resolutions by Member States. Disponível em: www.un.org/securitycouncil/ctc/sites/www.un.org.securitycouncil.ctc/files/2021105_1373_gis.pdf Acesso em: 12/05/2022.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito Processual Penal:* da sociedade internético-personocêntrica. Lisboa, 2020.

WOLOSZYN, André Luís. *Vigilância & espionagem digital:* a legislação internacional e o contexto brasileiro. Curitiba: Juruá, 2016.

23. REVISITING POLITICAL PRAGMATISM: RAWLS, DEWEY, BERNSTEIN

 https://doi.org/10.36592/9786554600668-23

Nythamar de Oliveira[1]

Introduction

In order to place John Dewey between John Rawls and Richard Bernstein, I must evoke two rather long quotes from these great representatives of American pragmatism and critical interpreters of Dewey's political philosophy. The first one is found in John Rawls (1999, 303) *Collected Papers*:

"We tend to think of Dewey as the founder of a characteristically American and instrumental naturalism and, thus, to lose sight of the fact that Dewey started his philosophical life, as many did in the late nineteenth century, greatly influenced by Hegel; and his genius was to adapt much that is valuable in Hegel's idealism to a form of naturalism congenial to our culture. It was one of Hegel's aims to overcome the many dualisms which he thought disfigured Kant's transcendental idealism, and Dewey shared this emphasis throughout his work, often stressing the continuity between things that Kant had sharply separated. This theme is present, particularly in Dewey's early writings, where the historical origins of his thought are more in evidence. In elaborating his moral theory along somewhat Hegelian lines, Dewey opposes Kant, sometimes quite explicitly, and often at the same places at which justice as fairness also departs from Kant. Thus there are a number of affinities between justice as fairness and Dewey's moral theory which are explained by the common aim of overcoming the dualisms in Kant's doctrine."

The second quote comes from Richard J. Bernstein's (1971, 80) first major publication, *Praxis and Action*:

"Although Peirce was almost totally indifferent to the concrete problems of social and political philosophy, Dewey considered these to be central to a reconstructed philosophy. Paradoxically, Dewey -of all the [pragmatist] thinkers

---

[1] PUCRS / CNPq.

considered- is the closest and furthest away from Marx. *Au fond*, Dewey was a reformer. He was deeply skeptical of the demand for revolution as understood by Marx. Dewey's advocacy of liberal amelioration would have been seen as the greatest threat to genuine revolutionary praxis, and I have no doubt that Marx would have attacked Dewey in the same ruthless manner in which he attacked all true socialists."

From the outset, let me announce my guiding idea in this essay: by placing Dewey between Rawls and Bernstein, I will seek to make sense of a socialist reading of Dewey's takes on liberal democracy that moves away both from conservative readings of Dewey that claim that his democratic liberalism actually belongs to a right-wing or center views, and from left-wing communitarians who dismiss such views as irrelevant for socialist and radical variants of liberal democracy. Overall, it can be shown that, as Celik (2016) has convincingly argued, Rawls and Dewey's different takes on political liberalism could be ultimately reconciled, given their similar takes on democracy, pluralism, and the acting person qua political agent. Rawls' rehabilitation of Kant can itself be shown to be closely related to his reading of Dewey. Furthermore, as Bernstein argues, such a renewal of Dewey's social and political philosophy in Rawls's political constructivism and reflective equilibrium was decisive for the great pragmatist turn observed in the second, third, and fourth generations of critical theory, not only in the so-called Frankfurt School (esp. Habermas, Honneth, Forst) but also in feminist and decolonial thinkers such as Nancy Fraser, Seyla Benhabib, Judith Butler, Rahel Jaeggi, and Amy Allen. As Richard Rorty (1982), James Campbell (1996), David Dilworth (2003), and Dick Bernstein (2010) have all independently shown, Dewey's political pragmatism avoids assuming a single identity of philosophical affiliation (such as political realism, liberalism or communitarianism) at the same time that it allows for various of the most significant aspects of each strand to coexist in critical theory and political theory, including the articulation of phenomenology and hermeneutics well beyond the so-called analytical-continental divide in contemporary philosophy.

Reconstruction, constructivism, egalitarianism

It is very interesting to realize that Dewey (1930; 1950) spoke and wrote about both "construction" and "reconstruction" in political philosophy many decades before Rawls and Habermas (1976) --although there are now hundreds of studies and publications on their respective conceptions of political constructivism and normative reconstruction, almost all of them fail to realize this. But both Rawls and Habermas do resort to a Deweyan, post-Hegelian reading of Kant that provides us with critical, theoretical grounds for a sustainable approach to the political pedagogy and philosophy of education that address the normative claims and challenges of the conflicting democracies we live in, especially in Brazil where one of Dewey's most outspoken heralds has been systematically dismissed as a pamphleteer Marxist -- I'm of course thinking of Paulo Freire, whose highly original work is much more appreciated in the Northern hemisphere than it is in our *tristes tropiques*. (De Oliveira 2008) In effect, I firmly believe that Freire's and Rawls's practical-theoretical articulation between "democracy and education" do justice to Dewey's holistic conception of experience so well outlined by Bernstein. Furthermore, I think that Dewey's attempt to revisit the Kantian idea of education as a vital need for the development of humanity, its social and cultural function, through its articulation with the implementation of democracy and normative integration of society, ends up with a conception of philosophy of education that might be capable of establishing the fair correlation between democracy and education that Rawls, Bernstein, and Freire sought to promote. It has been a working hypothesis for my ongoing research program to assert that there is no social justice without democracy, just as one cannot implement democracy without education, and we should thank Dewey for having established such a correlation *in der Praxis*.

As we all know too well, one of the central problems of Western philosophy is the articulation between theory (*theoria*) and practice (*praxis*), particularly in ethics and political philosophy, and John Dewey's takes on the experience of democracy and its endless learning processes do address this classic problem, unpacking the interfaces of philosophy with society. In particular, Dewey might help us today focus mainly on the articulation between a theory of democracy and a comprehensive

project of education as we find it as a normative challenge for our democracies, as we keep revisiting the most basic beliefs, practices, and values shared by our existing democracies. His lasting contribution to pragmatism and to the emergence of a pedagogical theory of democracy takes place, after all, within what he dubbed the reconstruction of classical conceptions of the Enlightenment and of German idealism, notably Kant and Hegel, reappropriated in a New World context. Dewey's pedagogical project doesn't just focus on philosophical problems of theory and practice but furnishes social *ethos* with elements and clues to making sense of public policies aimed above all at the implementation of a robust, radical democracy. The construction of a democratic *ethos* is to be worked out bottom-up through the constant learning among fellow citizens, who might end up consolidating an egalitarianism not only of legal standing (i.e. that all citizens are equal before the law) but also of gender, race, religious, and socioeconomic strands that contribute to diversity. In effect, Dewey's political-pedagogical legacy was decisive for the emergence of a correlated theory of justice such as Rawls's in the second half of the 20th century and subsequent critical-theoretical variants thereof. Besides his later writings on *Political Liberalism* after the oft-quoted Dewey Lectures on Kantian constructivism at Columbia University, Rawls mentions Dewey twice in his masterpiece:

1. TJ § 61 p. 351 n. 2: where Rawls mentions the so-called "naturalists in value theory" and alludes to John Dewey, *Human Nature and Conduct* (New York, Henry Holt, 1922), pt. III.

2. In the second note, n. 10 on p. 358 in § 63, as Rawls discusses the definition of good for plans of life ("a thing's being a good X for K is treated as equivalent to its having the properties which it is rational for K to want in an X in view of her interests and aims"), he remarks that this is the typical philosophical usage of the term to concede, with Josiah Royce, that "the rational plan for a person determines her good" and Rawls refers us back to § 61, note 2, and mentions Dewey again. In Rawls's own words, "the term is given no technical sense, nor are the structures of plans invoked to get other than obvious common sense results. These are matters I do not investigate." And he concludes that "the notion of a plan may prove useful in characterizing intentional action."

It seems very important to evoke at this point Derek Parfit's (2002) distinction between a "telic" and a "deontic" egalitarian view so as to capture important aspects of these different ways of thinking about social justice and how Rawls's reading of Dewey takes both into account on the very level of individuals' plans of life and plans of action without succumbing to either a purely Kantian, formal deontology or a Hegelian, historicist teleology. To my mind, it is right here that we can identify a very important point to make sense of a pragmatist conception of political liberalism.

Unlike Parfit and Jerry Cohen (2008), Rawls's conception of justice, egalitarianism, and his rather misunderstood argumentative construction of public justification is fact-sensitive, meaning that, like Dewey, Rawls starts from the circumstances of justice without taking social, normative facts for granted and setting out to construct a procedure capable of establishing a connection between the first principles of justice and the conception of moral persons as free and equal. This is precisely what Rawls calls "Kantian constructivism" in the three John Dewey lectures that he presented at Columbia University in April 1980, on "Kantian Constructivism in Moral Theory", namely: the first, "Rational and Full Autonomy," on April 14; the second, "Representation of Freedom and Equality," on April 15; and the third, "Construction and Objectivity," on April 16. These constitute the fourth series of such Lectures and were established in 1967 to honor Dewey, who had been from 1905 to 1930 a professor of philosophy at Columbia University in New York City. The lectures were originally published in the *Journal of Philosophy* (vol. 77 September 1980: 515-572) and were reprinted in his *Collected Papers*, edited by Samuel Freeman (Harvard University Press, 1999, p. 330-358).

Rawls begins his first lecture by pointing out, as we mentioned in the epigraph above, that Dewey followed Hegel's aims to overcome the many dualisms that disfigured Kant's transcendental idealism. According to Rawls's reading of Dewey, this theme of overcoming Kantian dualisms turns out to be present in the latter's early writings, where the historical origins of his thought are more in evidence:

"In elaborating his moral theory along somewhat Hegelian lines, Dewey opposes Kant, sometimes quite explicitly, and often at the same places at which justice as fairness also departs from Kant. Thus there are a number of affinities

between justice as fairness and Dewey's moral theory which are explained by the common aim of overcoming the dualisms in Kant's doctrine."

And Rawls (516 n. 2) goes on to recast Kantian constructivism not only in moral, normative terms (esp. around the idea of the categorical imperative as a universalizable procedure) but especially as a political constructivism. He mentions several writings by Dewey, among which the latter's *Outlines of a Critical Theory of Ethics* (1891) and *The Study of Ethics: A Syllabus* (1894, reprinted in *John Dewey: The Early Works, 1882-1898,* Carbondale: Southern Illinois University Press, 1971) In a nutshell, for Rawls, these egalitarian principles (Equal Liberty, including the distribution of rights and liberties, Fair Equality of Opportunity, and the Difference Principle) are used to settle the appropriate understanding of freedom and equality for a modern democratic society. The requisite connection is provided by a procedure of construction in which rationally autonomous agents subject to reasonable public conditions agree to public principles of justice. Accordingly, Rawls thought that it would be a gross mistake, as he found in Henry Sidgwick's *Methods of Ethics* (first edition 1874), to regard the categorical imperative as a purely formal principle, or what he called "the principle of equity" ("whatever is right for one person is right for all similar persons in relevantly similar circumstances"), as Sidgwick reduced the traditional moral conceptions essentially to three main methods: rational egoism, (pluralistic) intuitionism, and classical utilitarianism. Rawls claims that his view of justice is constructivist, meaning that he appeals to some general claims about the nature of persons as well as some empirical facts about human behavior or institutions as part of the justification for the principles of justice (or the choice situation that leads us to pick them).

Now, it is well known that *A Theory of Justice* also introduced the Rawlsian metaphors of natural lottery and social lottery in order to recast liberal, relational egalitarianism as an alternative account to luck egalitarianism and lotteryesque versions thereof. At any rate, Rawls clearly sought after a "conception of justice that nullifies the accidents of natural endowment and the contingencies of social circumstance as counters in quest for social and economic advantage," as these aspects are "arbitrary from a moral point of view." Rawls's critique of so-called luck egalitarianism unveils the kernel of lotteryesque or lottery schemes in the articulation

of fair equality of economic opportunities with the guarantee of a just distribution of social goods throughout generations. The very conception of social equality and social freedom turns out to ground the liberation narratives that sought to counter political authoritarianism in Latin America in the 1970s and 80s, making thus possible a rapprochement between justice and liberation, just as Dewey and Freire had anticipated. Hence, decolonizing justice and liberation means precisely to rescue the heterogeneous ways that different local histories and embodied practices of social freedom and egalitarianism avoid totalizing claims of normativity so as to include also ongoing struggles for recognition in race and gender egalitarianism. Besides the misleading and controversial readings of Rawlsian egalitarianism, through a wide spectrum ranging from lucky egalitarians to paternalistic readings of accountability, including the leftist and the rather conservative readings of political liberalism, I argue that we must resort to a wide reflective equilibrium so as to calibrate our local practices of liberation (nonideal theory) with the normative claims of justice as fairness (ideal theory).

Dewey's Democracy-Education Correlation

In his response to the argument that the Deweyan notion of democracy is incompatible with Rawls's concept of a reasonable pluralism, Rogers (2009) argues that for Dewey plurality is invaluable in realizing a democratic society. Bernstein draws a very thought-provoking and insightful parallel between Dewey's criticism of intuitionism and Wittgenstein's *Philosohical Investigations* in their radical critique of the given (to reason or rational intuition), a similar critique that is also found in Rawls's constructivism, itself conceived as an alternative to intuitionism, perfectionism, and utilitarianism.

According to Richard Bernstein (1960, p. xi), from a Marxist point of view, Dewey's reformist liberalism "fails to appreciate the extent to which conditions of political economy as they now exist in advanced capitalist societies" (including the state capitalism of many so-called Communist countries) continues to perpetuate the alienation and exploitation of man. Bernstein recalls that in this striking book, first published right after the First World War in 1920, Dewey considers how, why, and

when human affairs should prompt a new approach to concepts of morality and justice: "How should the revelations of science in the 20th century, and its consequential technology, impact human thought? Is seeing knowledge as power philosophically supportable and desirable? Must we redefine what it means to be idealist? Where do politics and philosophy intersect?" Bernstein concludes that Dewey's bracing explorations of these questions continue to enthrall thinking people and remain vitally relevant nearly a century after they were written.

Bernstein (1971, p. 173) has delved into Dewey's understanding of experience as a series of organic coordination, including human cognitive functions and his typical philosophical approach to problems in which he attempted to show how conflicting viewpoints could be reconciled and synthesized, clearly influenced by Hegel. But just as Marx grew restless with Hegel and especially his dominant emphasis on intellectual comprehension, so also did Dewey, as he came to feel an increasing conviction that Hegel had underplayed and misunderstood the practical aspects of life and what it meant to be an active human being shaping the world. Just like the Young Hegelians in Germany, Dewey also sought to go beyond Hegel, and it was in the realm of practice that Hegelianism clearly demanded a correction. For Dewey, the primary intellectual project became the attempt to change the world, although this had a very different meaning for him than it did for Marx. As William James and John Dewey have taught us, many of our deepest intellectual questions are rooted in our personal and communal conflicts and struggles. It was this animating concern with praxis that gradually led me to the realization that there was a way reading of Marxism, existentialism, pragmatism, and analytic philosophy as gravitating toward new understandings of praxis and action. (Bernstein, 1971, p. 200) It is with this pragmatic intent that one may revisit three brief proposals from Dewey's *Democracy and Education*, originally published in 1916, and which remains one of the most influential writings for the 20th-century philosophy of education, as I believe that for emerging democracies like Brazil, this text remains a landmark to radically transform our society by implementing more efficient educational public policies. The book is divided into 26 sections, starting with reflections on education as a vital need, its social and cultural function (1), through its articulation with the implementation of

democracy (2), and ending with three dedicated chapters to the philosophy of education, theories of knowledge, and theories of morality (3).

Along with Charles Sanders Peirce and William James, Dewey is considered one of the major founders of American pragmatism. Dewey helped develop the University of Chicago's curriculum, where he served as a professor between 1894 and 1904. Together with economists Thorstein Veblen and James Harvey Robinson, Dewey was one of the founders of the New School for Social Research in New York in 1919, when he was a professor of philosophy at Columbia University. His starting point, in his life and in his works, is as crystal-clear as his pragmatism: if education is indeed vital for the consolidation of humanity in its fullness and if democracy is the best way to realize such fullness, as soon as the promotion of education will make a social ethos feasible then an increasing number of people will have access to the necessary means to accomplish such purposes. In Rawlsian terms, it is a matter of having a plan of life for the social *ethos*: democracy comes about through education, as education alone (in a broad and public sense) inevitably leads to the realization of a palpable form of democratic governance. Dewey develops thus from this several of the premises already posited by the pedagogical writings of Plato and Rousseau, avoiding possible reductionisms to the communitarianism of the former and to the individualism of the latter.

Indeed, the entire development of the history of Western political philosophy, from the times of the sophists, Socrates, Plato, and Aristotle, was guided by the articulation between an ideal of education (*paideia*) and the project of conceiving what would be the best form of constitution (*politeia*) for the ancient city-state (*polis*). As Reinholdo Ullmann showed in his meticulous study of Medieval universities and learning institutions, the flourishing of academia promoting the studies of arts and sciences from the 12th century in Europe is inseparable from the millenary legacy of the great philosophical schools and their multiple chains. Hence, we could not understand the challenges of integrating elementary, middle- and high-school education with university education and the culture of research that is developed at the graduate level, without paying attention to a historical-social articulation between the emergence of cultural modernity (Renaissance humanism, the reform, and the counter-reform, the great navigations, the birth of modern science) and of the great

natural law and contractarian liberals in the 17th and 18th centuries (by Althusius, Grotius and Hobbes, by Locke, Rousseau and Kant). The question of humanism (including the quarrels of the so-called anti-humanism of structuralists and postmodernists) unveils the problem of a non-foundational justification, in terms of the pragmatism proposed by Dewey, who brings it closer to the usefulness of certain concepts for life, such as communication, practice, context and the development of human action aiming for continuous learning that could not be confined to one system or to a totalizing theory.

Dewey's Pedagogy of Experience

Every thought, like every educational project, is embedded in a sociopolitical context. Thus, the work of contemporary philosophers of education as diverse as Paulo Freire, John Rawls, Jürgen Habermas, Richard Rorty, Hilary Putnam, Noam Chomsky, Hans Jonas, and Richard Bernstein was, of course, influenced by the contributions of a thinker like Dewey (Green, 2014), who never ceased to engage in a socioeconomic context of great turmoil, marked above all the Great Depression of 1929 and the Second World War (1939-1945). Bernstein introduces Dewey's *Experience and Nature* by evoking the claim that "experience is a weasel." Accordingly, every major philosophical position in the history of Western philosophy has had something to say about what experience really is. But Dewey believes that the concept is too valuable for us to abandon it and he seeks to articulate a new theory of experience that is appropriate for our time. Although there is scarcely a work of Dewey's in which he does not discuss experience, one of his boldest statements is found in "The Need for a Recovery of Philosophy," as he proceeds to list five contrasts between his view of experience and what he dubs the "orthodox" or "traditional" view of experience. By commenting on each of these five contrasts, Bernstein successfully indicates what Dewey meant by experience:

> (i) In the orthodox view, experience is regarded primarily as a knowledge affair. But to eyes not looking through ancient spectacles, it assuredly appears as an affair of the intercourse of a living being with its physical and social environment.

In the history of philosophy, especially in modern philosophy since Descartes, the primary question has been: What kind of knowledge, if any, does experience yield? Or what is the role of experience in our knowledge of the world. For example, although empiricism and rationalism have been thought of as opposing philosophies, both movements have been primarily concerned with experience as a "knowledge-affair-empiricists maintaining that experience is the only source of knowledge of the world, while rationalists have argued that experience is never sufficient to yield genuine knowledge.

(ii) According to traditional views, experience is conceived as a psychical thing, infected throughout by "subjectivity." What experience suggests about itself is a genuinely objective world that enters into the actions and sufferings of men and undergoes modifications through their responses. This second contrast with "tradition" is already implicit in what was said above, but it is sufficiently important to deserve special attention. Dewey is referring to the "subjectivistic turn" that philosophy took after Descartes. Descartes' dualism of mind and body, together with his conception of mind as a thinking substance which "contains" ideas by which the mind knows "external objects," led to an epistemological preoccupation with what is "in" or "before" the mind.

(iii) So far as anything beyond a bare present is recognized by established doctrine, the past exclusively counts. Registration of what has taken place, reference to precedent, is believed to be the essence of experience. Empiricism is conceived of as tied up to what has been, or is "given." But experience in its vital form is experimental, an effort to change the given; it is characterized by projection, by reaching forward into the unknown; connection with a future is its salient trait.

(iv) The empirical tradition is committed to particularism. Connections and continuities are supposed to be foreign to experience, to be byproducts of dubious validity. An experience that is an undergoing of an environment and a striving for its control in new directions is pregnant with connection. Dewey is actually reiterating the point so eloquently made by William James in his criticism of traditional empiricism and his demand for a "radical empiricism."

(v) In the traditional notion experience and thought are antithetical terms. Inference, so far as it is other than a revival of what has been given in the past, goes beyond experience; hence it is either invalid, or else a measure of desperation by which, using experience as a springboard, we jump out of a world

> of stable things and other selves. But experience taken free of the restrictions imposed by the older concept, is full of inference. There is, apparently, no conscious experience without inference; reflection is native and constant.

As Bernstein argues, "experience" in many of its characteristic philosophic uses has been used as a contrast term with "thought," or "inference," or "reason." Underlying this use is a fundamental epistemological doctrine that experience is limited to what is sensed, perceived, or remembered. Experience supplies the input and reason is the faculty or capacity by which we order, arrange, and draw inferences from this input. Here too Dewey challenges a dogma that has infected traditional philosophy. Experience can be nonrational and irrational, but it can also be funded with intelligence and controlled inference.

Hence, the proper contrast, according to Dewey, is not between experience and reason, but between experience which is founded by the procedures and results of intelligent activity and experience which is not. (Bernstein, 1971, p. 212) In Dewey's educational and social philosophy, he also emphasizes the aesthetic consummatory dimension of experience. He criticizes educational and social institutions and practices for neglecting this aesthetic dimension of experience. This is evidenced in the separation of means and ends in our educational and social thinking. The quality and content of the ends-in-view which we strive to attain depend upon the quality of the means that we use to attain them. (Bernstein, 1971, p. 216 f.) Traditionally, theory has been contrasted with practice, and theoretical judgments have been sharply distinguished from practical judgments. To the extent that these two types of judgment have been assimilated, philosophers have written as if practical judgments were a degenerate form of theoretical judgments.

Education as a Learning Process of Reconstruction

According to Bernstein, Dewey moves thus in the opposite direction. His claim is that theoretical judgments have been misunderstood precisely because of the failure to appreciate how they share the characteristics of practical judgments which have been outlined above. This is one of Dewey's most important and most

misunderstood claims. He did not mean that theoretical judgments are justified only insofar as they serve some "practical" ends, or that we must always have our sights set on the "practical" uses of knowledge. On the contrary, theoretical inquiry gains its systematic explanatory power in the degree to which it abstracts from the demands of immediate existential situations. Unless we have a disinterested concern with developing theoretical inquiry for its own sake, we cripple the systematic explanatory power of our theories. Speaking of theories as they are used in scientific inquiry, Dewey says that they are "matters of systematic abstraction. (Bernstein, 1971, p. 222)

Hence, education ought to be regarded as a continuous learning process of reconstruction in which there is a progressive movement away from the child's immature experience towards experience that becomes more pregnant with meaning, more systematic, and controlled. What Dewey means by this must be viewed against the background of this theory of experiential situations and inquiry. Since the goal of education is the development of creative intelligence, we must keep in mind the distinctive meaning that this concept has for Dewey. Intelligence is not to be identified with a narrow concept of reason considered as the ability to make inferences and draw conclusions from explicitly stated premises. Intelligence consists of a complex set of flexible and growing habits that involve sensitivity; the ability to discern the complexities of situations; imagination that is exercised in seeing new possibilities and hypotheses; willingness to learn from experience; fairness and objectivity in judging and evaluating conflicting values and opinions; and the courage to change one's views when it is demanded by the consequences of our actions and the criticisms of others. I remark in passing that such a complex understanding of intelligence is more suitable for Artificial Intelligence nowadays than most instrumentalist and utilitarian definitions. (Russell & Norvig, 2022) As Campbell (1996, 189) put it so aptly, liberal democracy turns out to be an attempt to apply social intelligence to the process of shared living. Liberalism is committed, as Dewey wrote, "to the use of freed intelligence."

After all, education is ultimately to be pursued as moral education, when we understand "moral" in the broad sense which involves intelligent evaluation. Another way of making this point is to say that the function of education is to bring about the

effective realization of the experimental spirit in all phases of human life. Education must be concerned with all aspects of the individual's intellectual and emotional development. The point of the slogan "learn by doing" is that a sound education must encourage and cultivate the active experimental dimension of the child's experience. When it comes to the question of radical democracy, Bernstein follows David Woods to claim that Dewey doesn't wax nostalgic about the eclipsed bonds of shared community life. (Green, 2014, p. 146) On the contrary, he thinks Dewey took the existence of shared community life with great seriousness, as a firm believer in the importance of local communal life being vital for democracy. But Dewey never thought that revitalizing local community life was incompatible with his understanding of radical liberalism: for Bernstein, "there is no either/or here for Dewey, but rather both/and."

More concretely, a vital local community life is essential for a flourishing liberal democratic society. It is precisely this combination of a call for revitalizing multiple local democratic communities with a larger vision of a liberal pluralistic society that is distinctive of Dewey's vision of "creative democracy." Concerning liberalism, Bernstein agrees with Koopman in that Dewey has a rich and a dynamic sense of what liberalism means. But unfortunately, this is not what many contemporary political theorists and philosophers understand by liberalism. Whether one appeals to John Locke or John Rawls, many liberals (and critics of liberalism) think that liberalism is the political doctrine that is primarily concerned with the articulation and defense of individual rights. This is what Alan Ryan described as a "rights- obsessed liberalism."

Therefore, Bernstein agrees with Koopman that Dewey was a liberal – indeed he called for liberalism to be more radical, but he rejected a narrow interpretation of liberalism that was little more that the defense of the status quo. (Green, 2014, p. 127) It is a sad commentary on American political life that the very term "liberal" has been so debased that no politician wants to be labeled a "liberal." What is so desperately needed today in American political life (and throughout the world) is not the abandonment of liberalism but the strongest possible defense of the type of dynamic committed liberalism that Dewey so eloquently and passionately championed – a liberalism that is not only compatible with, but depends upon, the existence of

multiple public spaces in which local democratic communities can flourish. Dewey's radical liberalism is perfectly compatible with his claim that "unless local communal life can be restored, the public cannot adequately solve its most urgent problem; to find and identify itself. But if it is re-established, it will manifest a fullness, variety, and freedom of possession and enjoyment of meanings and goods unknown in the contiguous associations of the past to a theory of democracy, in authors such as Rawls and Habermas, whose reception in Brazil remains a theoretical framework to be explored.

The latest data confirming that Brazil remains one of the most unequal in the world coincide with the almost routine complaints, of corruption schemes, scandals and irregularities in various parties and political leaders of this country, inseparable from impunity in almost all the segments of a supposedly democratic and lawful State. Today there is, finally, a consensus among politicians, intellectuals, and professionals in this country that education is the greatest challenge capable of revolutionizing vicious structures of this society that has become colluded with mediocrity, the institutional backwardness and pride. Furthermore, the self-perception of our endemic socioeconomic backwardness also coincides with recurrent strikes and demonstrations in the countryside and in the city for better working conditions, health, education, and public safety.

Moreover, learning democracy is a task that inexorably engages rulers and ruled in a correlation of complicity, according to the popular adage that the people have the government that deserve. After all, the correlation between duties and rights is so fundamental, in a democracy, in terms of what is presupposed between the State and civil society. At insofar as the vote and public opinion are instruments of legitimization of our social, economic and political institutions, democratic pedagogy in the teaches us to be more critical and consequent, not just when we choose certain representatives and we believe in their promises, but also in our daily practices, as they may or may not collaborate for a true democratic egalitarianism.

I recall in closing that, for Bernstein (2010, p. 30), "the spirit of critical pragmatic fallibilism represents what is best in the American tradition and has global significance." And this is to be understood not only in epistemological terms, but also insofar as moral beliefs and normative claims are concerned: "Fallibilism is the belief

that any knowledge claim or, more generally, any validity claim—including moral and political claims—is open to ongoing examination, modification, and critique." In effect, Bernstein was also, together with Hilary Putnam, one of the first American philosophers to make comparisons between pragmatism and other philosophical models that resorted to the primacy of practical reason over theoretical reason, especially by comparing Dewey to Kant and Wittgenstein. Thus, on his reading of Wittgenstein, the root of moral criticism must be shared practices (including shared practices of criticism itself) and not some theory of the good. By way of comparison, Dewey also held that one purpose for philosophy should be to criticize the beliefs, customs, policies, institutions of a culture but only through the other shared beliefs, customs, policies, and institutions of such culture.

Hence, Dewey's *Ethics* and, in particular, the part in which he argues that any progress (social, political, economic, etc.) is not possible without human flourishing, without fulfillment of individuals' powers and capacities. For Dewey, a philosophy concerned with political and social reform does not make sense without equal concern for individual human flourishing, a position compatible with Wittgenstein. These things, according to Dewey, are deeply interconnected and in a dialectical relationship: political and social progress occurs through individual flourishing, and, in turn, individuals are the agents of social and political progress.

Today, more than ever, when we are going through the greatest economic, political, and pandemic crisis in our winding process of democratization in Brazil, as a polarized civil society continues to fight far-right negationism, obscurantism, and fundamentalism. The outrageous, systemic threats of public affairs and of democratic political, legal, and economic institutions, in both the public and the private spheres, show us that it is precisely in public education that lies our only hope for social transformation and for the consolidation of our unfinished project of democracy.

Without education, there is no future for democracy and for a free political culture: public policies and every project for social improvement in our country demand a democratic, transparent, and participatory *ethos*. From literacy projects and the consolidation of teaching quality in public primary and middle schools for every citizen to the management of higher-education institutions, research, and

technology centers, our idea of education is paramount to determining the construction of a more egalitarian liberal society. Under the sign of the correlation between "democracy and education", we can thus assert that there is no justice without democracy, just as democracy simply cannot be implemented without education.

Conclusion

In conclusion, we postulate the reconstruction of a communicative pedagogy by the practical-theoretical articulation between, on the one hand, a conception of communicative public reason and an instrumental rationality, allowing for a wide reflective equilibrium of a liberal socialism that promotes a relational egalitarianism through democratic learning processes. The great challenge facing Marxism and its heterodox versions bequeathed us, after all, has been to find theoretical models that are able to effectively carry out the social transformations necessary to obtain a certain kind of normativity, legally and morally legitimized, avoiding thus, on the one hand, idealist, unrealizable utopias and, on the other hand, the historicism of conformist practices due to the domination of instrumental over communicative actions.

Following Rawls's and Habermas's critical appropriation of Kant and Dewey, we can reformulate the articulation between theory and praxis by overcoming of the impasse between the technological demands of our globalized world and of a massive, depoliticized population. Hence the importance of rediscovering the complex dynamics of public reason or even an expanded public sphere (*Öffentlichkeit*) inherent to the emancipatory interest of political autonomy, arising from the legacy of the Kantian *Aufklärung* and its Rousseaunian and New England counterparts (*Lumières* and the Scottish, common-sense Enlightenment). It is in this political-theoretical context that we should seek to re-situate our educational, institutional reform and to restructure programs of basic and higher education, in order to avoid the technical reductionisms and scientific monopolies of ideological, partisan, and religious comprehensive doctrines.

We know that the entire development of Western political thought, since the times of the ancient Greeks, has been guided by the articulation of an ideal of education (*paideia*) with the project of conceiving what would be the best form of state constitution (*politeia*). The political pedagogy of liberal thinkers such as Locke, Rousseau and Kant consolidated the normative bases of the modern democratic state. The systematic investment in elementary education and in the formation (*Bildung*) of citizens, including the promotion of liberal arts and sciences, was equally decisive for the emergence of more civilized societies and an economically developed Europe, North America, Oceania, Japan, and South Korea. In fact, only the articulation between democracy and the so-called learning processes enable full, participatory citizenship, at once inclusive and empowering. Thus, every citizen must be able to learn to better prepare for life, to fully develop all of their capabilities and enter the labor market, as autonomous agents, both in the private and in the public spheres. Unfortunately, this has not been a priority for our rulers in Brazil and the disregard for the education of our people, throughout several centuries, was one of the decisive factors that contributed to a country with so many natural and human resources that remains today one of the most unequal on the planet. There remains a normative gap between political theory and public policy-making, which can be dubbed a phenomenological deficit.

What I have called the phenomenological deficit of critical theory allows indeed for a veritable recasting of a decolonial, African-Brazilian phenomenology of liberation, precisely at the level of a weak social constructionism, such as the one advocated by Dewey, Rawls, and Bernstein. This constructionism mitigates and mediates some of the overly strong, objectivist claims of Marxism in liberation philosophy and some of the overly weak, subjectivist "representations" of most versions of postcolonial and cultural studies. Habermas identified the former as reminiscent of an objectivating positivism and naturalism, and correctly perceived the latter as a postmodernist slippery slope toward nihilism and relativism. (De Oliveira & Zubara, 2021) In this sense, the future of liberation philosophy in Latin America hinges upon the very fate of social democracy, itself bound to the ups and downs of globalized capitalism in developing societies. At the same time, this future invites its own construction from below, through historically situated narratives of

self-emancipation and self-assertion. Insofar as there is no ontological commitment to an essentialist universalism in pan-African, diasporic identities, I defend a pragmatist perspectivism in semantic, phenomenological terms (Rehg and Bohman 2001), as an Afro-Brazilian self-understanding (*Selbstverstehen*) of race and multi-culturalism.

This self-understanding aims at both deconstructing racial democracy myths (which is in itself a deconstruction of scientific, historical conceptions of race) and liberating accounts (such as Eurocentric grand narratives of freedom, including colonialism, capitalism, liberalism, and socialism), without being reduced to any anarchist, libertarian, communitarian or nihilistic view. The phenomenological deficit of critical theory allows thus for a recasting of a pragmatist phenomenology of liberation, as a weak social constructionism mediates overly strong, objectivist claims of Marxism and too-weak, subjectivist representations of postcolonial and cultural studies.

Certainly, Brazilians are tired of seeing many of their representatives and politicians, at the three levels of public management (municipal, state, and federal), act in pursuit of their own particular interests, often to the detriment of the collective well-being and the true common good of our nation. After all, very few politicians and lawmakers in our country do take education seriously because it is an investment in the medium and long term, without immediate results for their electoral interests - starting with their own re-election and the preservation of their electoral basis. Without educational public policies, there is no future for workers in this country, just as there will be no place for technological innovation, scientific research, graduate studies, and an ever-growing creation of new jobs and new forms of entrepreneurship in an ever-increasing more competitive, and globalized world. Educational training and opportunities of a quality education for all Brazilians is the biggest and most significant moral revolution that we can postulate for our threatened democracy. To leave John Dewey with the last word: “All education which develops power to share effectively in social life is moral.” (1985, p. 288).

References

Anderson, Elizabeth. "What is the Point of Equality?" *Ethics,* 109 (1999): 287- 337.

Bernstein, Richard J. *John Dewey,* New York: Washington Square Press, 1966.

Bernstein, Richard J. *Praxis and Action. Contemporary Philosophies of Human Activity*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1971.

Bernstein, Richard J. *The Pragmatic Turn*. New York: Polity Press, 2010.

Campbell, James. *Understanding John Dewey: Nature and Cooperative Intelligence*. Chicago: Open Court, 1996.

Celik, Rasit. "Rawls and Dewey on Democracy, Pluralism, and the Person." *Etica & Politica / Ethics & Politics*, XXI, 2019, 2, pp. 209-224.

Cohen, G.A. *Rescuing Justice and Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

De Oliveira, N. "Democracia e educação: Kant, Dewey, Habermas". *Filosofazer* vol. 33 n. 2 (2008): 19-29.

De Oliveira, N. and Zubaran. M.A. "The Phenomenological Deficit of Critical Theory: Recasting Afro-Brazilian Diasporic Identity in Postcolonial Perspectives." *Études Phénoménologiques – Phenomenological Studies* 5 (2021): 59-86.

Dewey, John. *Construction and Criticism.* New York: Columbia University Press, 1930.

Dewey, John. *Reconstruction in Philosophy.* New York: New American Library, 1950.

Dewey, John. "The Need for a Recovery of Philosophy," *Creative Intelligence: Essays in the Pragmatic Attitude,* reprinted in *John Dewey: On Experience, Nature and Freedom,* ed. by Richard J. Bernstein. New York: The Liberal Arts Press, 1960.

Dewey, John. *Democracy and Education*. Carbondale and Evansville. Southern Illinois University Press, 1985. [1916]

Dewey, John. *Democracy and Education.* Middlesex: Echo Library, 2007.

Dilworth, David A. "Santayana's Review of Dewey's Experience and Nature:Pivotal Expression of a Philosophy of Living Nature and Vivacious Spirit." *Bulletin of the Santayana Society* 21 (2003): 15-30.

Green, Judith M. (ed.) *Richard J. Bernstein and the Pragmatist Turn in Contemporary Philosophy. Rekindling Pragmatism's Fire*. New York: Palgrave Macmillan, 2014.

Habermas, Jürgen. *Legitimation Crisis.* Trad. T. McCarthy. Boston: Beacon Press, 1975.

Habermas, Jürgen. *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus*. Frankfurt: Suhrkamp. In English: *Communication and the Evolution of Society*. Boston: Beacon, 1979.

Kant, Immanuel. "Über Pädagogik." In: *Schriften zur Anthropologie, Geschichts-philosophie, Politik und Pädagogik.* Vol. 2. Edited by Wilhelm Weischedel. Frankfurt: Suhrkamp, 1977.

Parfit, Derek. "Equality or Priority." In: *The Ideal of Equality*, ed. M. Clayton and A. Williams. Basingstoke: Palgrave McMillan, 2002.

Rawls, John. *A Theory of Justice.* Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971.

Rawls, John. *Collected Papers*. Ed. Samuel Freeman. Harvard University Press, 1999.

Rogers, Melvin L. "Dewey, Pluralism, and Democracy: A Response to Robert Talisse." *Transactions of the Charles S. Peirce Society*, Vol. 45, No1, (2009), p. 75-79.

Rorty, Richard. *Consequences of Pragmatism: Essays 1972-1980*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1982.

Russell, Stuart J. and Norvig, Peter. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. 4th Edition. London: Pearson, 2022.

Ullmann, Reinholdo. *A universidade medieval*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

24. RESERVA DO POSSÍVEL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E TRIBUTAÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA DO STF

 https://doi.org/10.36592/9786554600668-24

Paulo Caliendo[1]

SUMÁRIO

Introdução

O presente trabalho pretende tratar do questionamento sobre o conceito de *reserva do possível* e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na análise do financiamento de direitos fundamentais. Cabe destacar a contribuição fundamental de Ingo Sarlet para esse importante tema[2]. A sua obra clássica acerca da eficácia dos direitos fundamentais foi e é basilar à compreensão do conteúdo, dos limites e do alcance do financiamento dos direitos promocionais.

---

[1] Paulo A. Caliendo V. da Silveira é graduado em Direito pela UFRGS. Mestre em Direito dos Negócios e da Integração também pela Faculdade de Direito da UFRGS. Doutor em Direito Tributário pela PUC-SP. Realizou estágio de doutoramento junto ao Prof. Moris Lehner da Universidade de Munique (Ludwig-Maximilians-Universität) no Instituto de Pesquisas em Direito Europeu e Internacional Tributário (Forschunsstelle für Europäisches und Internationales Steuerrecht). É autor de diversos livros, entre eles: "Curso de direito tributário" (2023), em sua 5ª edição, e "Direito tributário e análise econômica do direito" (2009).

[2] O presente texto é uma versão atualizada e revisada do artigo sobre mesmo tema, publicado em 2010 na Coletânea organizada por Ingo Sarlet. Ver: CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

1 A eficácia dos direitos fundamentais e seus limites por uma reserva do possível

A doutrina de Ingo Sarlet destacava a existência de diferentes espécies de eficácias, a depender do tipo de direito correspondente. Teríamos os direitos de defesa e os direitos promocionais.

Os direitos de defesa (*Abwehrrecht*) encontram na doutrina, clássica e contemporânea, argumentos sólidos para a sua compreensão como verdadeiros direitos assegurados com aplicabilidade e eficácia plena. Parte, inclusive, dos direitos sociais, especialmente aqueles que representam a defesa de direitos individuais no âmbito social, possui eficácia a ser protegida, de modo a concretizar os dispositivos constitucionais. O STF tem adotado o entendimento de que dispositivos relativos a direitos de defesa exigem uma concreção legislativa antes de poderem irradiar toda a sua carga eficacial[3].

Os direitos a prestações (*Leistungsrecht*) possuem uma classificação bastante heterogênea de ações estatais próprias (direito ao trabalho, assistência social, etc.) e referem-se à realização concreta de uma igualdade na distribuição e na fruição de recursos sociais. Sua concretização decorrerá, portanto, em parte, da natureza dos direitos assegurados e do modo de enunciação constitucional[4]. Exibem uma nota econômica em um grau superior aos direitos de defesa, visto que muitos deles se relacionam a distribuição ou redistribuição de direitos referenciados em recursos finitos, e mesmo escassos; e, quando, na maioria das vezes, sua disposição exige tomada de decisão e escolha sobre que valores e bens a serem distribuídos e quais deverão ser sacrificados.

Considerando-se, portanto, que a característica fundamental da ordem econômica é a de escassez e não a de abundância, torna-se necessário estabelecer critérios constitucionais para a satisfação do programa de maximização dos direitos fundamentais a prestações.

A doutrina constitucionalista passou a analisar o respeito à chamada "*reserva do possível*" ("*Vorbehalt des Möglichen*") como limite ao poder do Estado de

---

[3] Mandado de Injunção n° 20-4 (19.05.1994).

[4] Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações. Seria ele um critério fundamental para a determinação do alcance possível dos direitos fundamentais?

Esse princípio foi originalmente apresentado pela doutrina constitucionalista alemã ao tratar do caso de um estudante que exigia o acesso ao ensino superior ("*numerus-clausus Entscheidung*") [5] , em que a Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht*) entendeu que nesse caso não se poderia exigir da sociedade a realização de uma prestação que exceda os limites do razoável ou da responsabilidade do destinatário em prover seu próprio acesso a um direito. Desse modo, diferentemente dos direitos de defesa, os direitos a prestações são geralmente carecedores de eficácia, se não houver uma concretização legislativa, visto que dependem da existência de recursos públicos e de condições materiais para a satisfação objetiva de todas as pretensões ligadas ao equilíbrio material na distribuição e na redistribuição de recursos.

As normas programáticas[6], por outro lado, indicam programas, finalidades ou tarefas a serem implementados pelo Estado e, por essa razão, são dotadas de uma baixa densidade normativa, pois exigem, para a produção de efeitos, que ocorra a ação legislativa de preenchimento de sentido para assim atuar na sua completude[7]. Essa concretização decorre da especificação do conteúdo normativo, bem como dos

---

[5] No famoso caso *numerus clausus* de vagas nas Universidades (*numerus-clausus Entscheidung*), decidiu a Corte Constitucional alemã que a concretização de direitos fundamentais relativos a prestações está submetida à reserva do financeiramente possível (*Vorbehalt des finanziell Möglichen*). Ver *BVerfGE* 33, 303, em que se entendeu: „Das liefe auf ein Mißverständnis von Freiheit hinaus, bei dem verkannt würde, daß sich persönliche Freiheit auf die Dauer nicht losgelöst von Funktionsfähigkeit und Gleichgewicht des Ganzen verwirklichen läßt und daß ein unbegrenztes subjektives Anspruchsdenken auf Kosten der Allgemeinheit unvereinbar mit dem Sozialstaatsgedanken ist. Das Grundgesetz hat – wie das Bundesverfassungsgericht wiederholt im Zusammenhang mit dem Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit hervorgehoben hat (vgl. *BVerfGE* 4, 7 [15]; 8, 274 [329]; 27, 344 [351]) – die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden; der Einzelne muß sich daher diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des allgemein Zumutbaren vorsieht, vorausgesetzt, daß dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt. Diese Erwägungen beanspruchen erst recht im Bereich staatlicher Teilhabegewährung Geltung. Hier würde es dem Gebot sozialer Gerechtigkeit, das sich im Gleichheitssatz konkretisiert, geradezu zuwiderlaufen, die nur begrenzt verfügbaren öffentlichen Mittel unter Vernachlässigung anderer wichtiger Gemeinschaftsbelange bevorzugt einem privilegierten". Veja-se também *BVerfG*, 1 BvL 27/97 vom 10.3.1999, Absatz-Nr. (1-19), http://www.bverfg.de/entscheidungen/lk19990310_1bvl002797.html, acesso em 9.10.2006, às 24 horas.

[6] Incluímos nessa conceituação todas as possibilidades de inclusão de normas de tipo programático, tais como: finalísticas, programáticas ou definidoras de tarefas.

[7] Cf. SARLET, 2005, p. 293.

meios e recursos necessários a atingir o fim almejado. Boa parte dessas normas programáticas determina o fim ou a tarefa a ser executada, mas deixa para o legislador a definição do melhor meio ou dos recursos que serão utilizados para a concretização de um programa a ser proposto.

Um questionamento que surge de modo inarredável se refere à possibilidade de direitos sociais ou a prestações serem exigidos dos Poderes Públicos, independentemente de concretizações legislativas, ou seja, pode o cidadão exigir um direito fundamental social (p. ex.: direito à saúde) como se fosse um verdadeiro direito subjetivo que suporte uma demanda judicial capaz de atuar *in concreto*, realizando o direito pretendido.

Não é o caso de verificar, nos limites do presente trabalho, as dificuldades concretas de realização dos direitos fundamentais sociais específicos, tais como o direito à educação, à saúde ou à previdência, mas tão somente o de apontar alguns critérios e elementos que possam auxiliar na construção de uma teoria geral da aplicação dos direitos fundamentais. Nesse ponto, poderíamos afirmar que os direitos fundamentais sociais apresentam, segundo diversos estudos teóricos, conforme ressaltou Ingo Sarlet, os seguintes elementos fundamentais:

1 os direitos fundamentais a prestações determinam a exigência de um padrão mínimo de segurança material, sem o que seria impossível falar-se com propriedade na existência de um Estado Social de Direito, tornando-se os dispositivos constitucionais um conjunto de letras sem conteúdo;

2 os direitos a prestações podem ser caracterizados como autênticos direitos subjetivos que devem, contudo, ser verificados no caso concreto, tendo como limite a aplicação do princípio da reserva do possível, dado que uma ação legislativa que desconsiderasse os meios existentes provocaria um choque de realidade e uma reação à autoridade da legislação;

3 o conflito entre princípios ou direitos fundamentais deve ser resolvido, conforme o modelo proposto por Robert Alexy, mediante a ponderação entre o princípio da liberdade real e os princípios da competência do Legislativo, da separação dos Poderes e da liberdade jurídica de terceiros;

4 considerando que o Direito não tem o condão de gerar recursos materiais por decreto nem o de alterar, por Portaria, o nível de desenvolvimento econômico,

social e cultural de um país. Deve-se, contudo, assumir como tarefa a exigência do programa constitucional, sob a égide de um Estado Democrático e Social de Direito, buscar maximizar o acesso aos direitos fundamentais e reduzir progressivamente os limites da reserva do possível;

5 cabe ressaltar o papel dos princípios constitucionais da Administração Pública e, especialmente, da participação, da moralidade e da eficiência como meios de aprofundar a busca da redução dos limites da reserva do possível;

6 a efetivação dos direitos fundamentais sociais somente será alcançada com o esforço inarredável na construção de uma ordem econômica justa, competitiva e eficiente; dessa forma, a busca de um ambiente econômico saudável, sua proteção e promoção auxiliam na garantia de que os limites da reserva do possível sejam atenuados.

Os estudos de Ingo Sarlet, já clássicos desde antes de 2005, demonstram a natureza própria e aperfeiçoada da experiência nacional, na investigação de uma possível cláusula limitadora da concretização de direitos fundamentais. O tema da *reserva do possível* passará a ter uma riqueza de análises e critérios para a solução de conflitos de concretização.

2 Concretização dos direitos fundamentais sociais e teorias da eficácia

A possibilidade de concretização dos direitos fundamentais sociais gerou diversas interpretações e entendimentos na doutrina, pois determinados direitos, por exemplo, os direitos de segunda dimensão, exigem uma ação positiva do Estado. O direito a prestações pode esbarrar na escassez de recursos para o Estado satisfazer todos beneficiários.

Para *George Marmelstein Lima*[8], existem três teorias sobre a eficácia desses direitos: *teoria da eficácia zero* ("o Judiciário não pode implementar direitos sociais"); *teoria da eficácia mínima* ("o Judiciário somente pode agir negativamente" ou, também sob outra formulação, "o Judiciário somente pode agir para efetivar o

[8] Cf. LIMA, George Marmelstein. *Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Apresentada na Universidade Federal do Ceará, em 2005, p. 87.

mínimo existencial") e *teoria da efetividade máxima* ("o Judiciário pode e deve agir para efetivar as normas de direitos fundamentais sociais").

Torna-se absolutamente importante ressaltar que a defesa da busca da máxima eficácia da proteção dos direitos fundamentais sociais não pode ser tomada como uma decisão alheia às circunstâncias históricas e sociais da implementação desses direitos, razão pela qual se devem observar determinados limites em sua proteção.

A ideia de máxima eficácia dos direitos fundamentais não é unívoca, conforme observamos na doutrina e na jurisprudência, uma vez que diversos autores possuem tratamento diferenciado sobre o tema. Poderíamos listar algumas concepções encontradas dentre aqueles que defendem essa *eficácia máxima* dos direitos fundamentais, quais sejam:

1 *concepção absolutista*: entende que os direitos fundamentais sociais devem ser concretizados pelo Judiciário no caso concreto, sem qualquer consideração sobre outras questões, tais como: separação dos Poderes, restrições orçamentárias, complexidade da matéria, impacto nas políticas gerais de inclusão social. Assim, devem, sempre e ao máximo, ser implementados;

2 *concepção absolutista particular*: podemos encontrar em Andreas Krell uma posição bastante particular. Para esse autor, a única forma de se ter uma resposta satisfatória à escolha trágica entre salvar milhares de doentes sujeitos à doenças da pobreza (malária, febre amarela, cólera, etc.) e salvar alguns poucos submetidos a doenças raras, de cura improvável, seria proceder ao tratamento de todos. Assim, os recursos necessários para o custeio dessas despesas deveria ser buscado em áreas não prioritárias, como fomento ao desenvolvimento econômico, pagamento de dívida pública, transportes..., uma vez que a saúde possui um valor normativo e axiológico superior a essas outras políticas públicas, bem como é um direito fundamental derivado diretamente do valor constitucional essencial da dignidade da pessoa humana. Alerta o autor que pensar de modo diverso poderia conduzir a escolhas trágicas sobre quais as razões de "*gastar*" dinheiro com doentes incuráveis ou que são casos perdidos. Trata-se de um absolutismo tão somente em relação a determinados direitos fundamentais sociais de hierarquia superior ou componentes do núcleo essencial do valor dignidade da pessoa humana;

3 *concepção moderada*: defende que a proteção dos direitos fundamentais deve, sempre e ao máximo, ser garantida, observando-se os limites impostos pelos custos de sua implementação e as consequências da decisão.

A proteção dos direitos fundamentais sociais, portanto, deve ser realizada mediante uma *eficácia máxima possível*, ou seja, que implica levar o custo (*reserva do possível*) e a complexidade (*reserva de consistência*) da efetivação dos direitos fundamentais sociais a sério[9]. Nessa concepção, existiria uma proibição de insuficiência no fornecimento e na preservação do mínimo existencial necessário à dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o direito subjetivo aos direitos fundamentais sociais seria dirigido à proteção do mínimo existencial. De outra parte, os demais direitos sociais somente poderiam ser exigidos nos limites de sua possibilidade técnica e financeira, constituindo-se em normas que estabelecem o dever do administrador de buscar sempre alcançar a máxima eficácia *possível.*

A diferença entre esse entendimento e a teoria da eficácia mínima está no fato de que não se limita e restringe a atuação do Judiciário à garantia do mínimo existencial, mas se exige da Administração Pública que explicite as razões pelas quais está impossibilitado, técnica e orçamentariamente, à promoção de determinado direito social, bem como a conduta que eventualmente poderá adotar para se preparar, a fim de cumprir essa exigência social. Esse é o sentido que vislumbramos para o dever de eficiência da Administração Pública, prevista no texto constitucional, visto que a eficiência deve ser entendida em sentido amplo, não somente em sentido administrativo – também e, principalmente, de realização dos direitos fundamentais.

---

[9] Seguimos o entendimento de Ingo Sarlet: "Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, além de uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, que não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas ao fazê-lo haverão de obrar com a máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem, ou não, um direito subjetivo a determinada prestação social, seja quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida restritiva e/ou retrocessiva de algum direito social. Neste sentido (e desde que assegurada atuação dos órgãos jurisdicionais, quando e na medida do necessário) efetivamente há que dar razão a Holmes e Sunstein quando afirmam que levar direitos a sério (especialmente pelo prisma da eficácia e efetividade) é levar a sério o problema da escassez" (grifos nossos). Ver SARLET, 2005, p. 349.

A apreciação da eficácia dos direitos fundamentais tem exigido cada vez mais dos órgãos de execução e controle que atuem com um planejamento crível e eficiente. Logo, o uso de métodos e critérios de avaliação de políticas públicas é um dos grandes desafios atuais.

3 Da reserva do possível

Apesar de bastante citado na doutrina constitucionalista nacional, e mesmo em decisões do STF, esse conceito não é isento de críticas. Para Vicente de Paulo Barreto, a ideia de *reserva do possível* está ancorada em "três falácias políticas": i) "os direitos sociais são direitos de segunda ordem", ou seja, de segunda importância; ii) "os direitos sociais decorrem de uma economia forte", o que excluiria os países de desenvolvimento tardio e iii) "o custo é inerente a todos os direitos", isto é, negar a efetividade pelo argumento do custo é negar a própria essência do Estado Democrático de Direito[10].

Concordamos que não se pode negar a efetividade dos direitos fundamentais pelo argumento de que eles possuem um custo, mas é preciso delimitar quais e como podem ser mais bem implementados em uma sociedade com recursos escassos e crescentes necessidades. Assim, a noção de que os dados da realidade influenciam a implementação dos direitos fundamentais não é meramente ideológica, já que simplesmente atesta que o contexto histórico e social condiciona a implementação de direitos.

A chamada *reserva do possível* pode ser de ordem *fática* (falta de recursos) ou *jurídica* (orçamentária). A ausência total de recursos necessários para o atendimento de um direito a prestações impede faticamente o cumprimento da demanda social, pouco restando para questionamento. Cabe esclarecer que essa insuficiência de

---

[10] Cf. BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais*: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.117-121.

recursos deve ser provada e não apenas alegada[11], sob pena de responsabilidade do administrador[12].

Recorda corretamente Ana Carolina Lopes Olsen que a noção de escassez[13] não é uma ideia natural, mas uma noção humana (artificial). Não há como proteger simultaneamente e profundamente todas as necessidades e os desejos humanos uniformemente. A reserva do possível deve ser entendida, conforme a autora, como uma *condição da realidade,* visto que as normas jurídicas se caracterizam como uma forma de ordenação da realidade, e deve existir certa coerência entre a realidade e a ordenação normativa[14]. A escassez de recursos para proteger direitos pode significar que esses direitos foram manejados para outro objetivo. A ordenação de preferências nas escolhas sobre políticas públicas é um dos grandes desafios orçamentários. Em um país com tantos desafios e necessidades, como podemos contemplar a multiplicidade de preferências distintas e contraditórias dos indivíduos?

---

[11] Conforme o Código de Processo Civil, em seu art. 333, II, incumbe ao réu o ônus da prova "quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor".

[12] Pela relevância do *decisium*, transcrevemos a ementa da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 45. Rel. Min. Celso de Mello. Julg. 29/04/2004, DJ 04/05/2004: "Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (Stephen Holmes/Cass R. Sunstein, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade".

[13] Cf. OLSEN, Ana Carolina Lopes. A *eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, p. 213.

[14] Conforme Konrad Hesse: "o significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco". Ver HESSE, K. *Força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 13.

Um possível exemplo, no caso brasileiro, de obstáculo à realização dos direitos fundamentais sociais é a monumental dívida pública nacional. É para lá que são carreados os parcos e fundamentais recursos necessários para garantir nosso desenvolvimento social. Bastaria compararmos os recursos orçamentários destinados ao pagamento da dívida e de seus juros e aqueles destinados às áreas sociais.

Assim, se fizermos uma leve comparação entre o que o governo orça para gastar em saúde, educação e segurança e o que gasta pagando a dívida pública, veremos que existe uma *reserva do possível geral* no Brasil que impede os gastos sociais que se chama *dívida pública.* Enquanto não houver solução para esse problema, não haverá como reduzir o esforço fiscal do Estado, a carga tributária e o nanismo nos investimentos sociais. Não se trata, contudo, de um fenômeno novo. Trata-se de uma servidão iniciada há muito tempo que impede o desenvolvimento nacional e social.

4 Da reserva do possível e a análise de custo-benefício (*cost-benefit analysis*)

O argumento de realidade ou da escassez pode conduzir a uma forma de raciocínio em argumentos que afastem a proteção de direitos fundamentais sociais com base na utilidade geral do orçamento público (*utilitarismo*)[15]. Contudo, a análise de custo-benefício não significa imediatamente uma apreciação contrária à proteção de direitos fundamentais.

De modo geral, a *análise de custo-benefício* (*cost-benefit analysis*) procura maximizar os resultados sociais decorrentes da utilização de recursos sociais finitos.

Esse tipo de análise possui três efeitos.

Primeiro, ela não implica diretamente uma *ponderação de valores*, entre igualdade, liberdade ou privacidade, por exemplo, em uma *discussão monetária ou financeira*, reduzindo toda a questão a um problema de maximização monetária dos recursos finitos em atividades que produzam mais resultados sociais. Se há a

---

[15] Cf. STONE, Geoffrey R. Individual rights and majoritarianism: the Supreme Court in transition. *Cato Policy Analysis*, n. 51, March 29, 1985.

possibilidade de expansão da oferta de recursos necessários à satisfação dos direitos fundamentais, não há *a priori* ofensa aos valores constitucionais.

Em segundo lugar, a análise dos chamados *efeitos marginais* ("*marginal effects*") mede o nível de proteção a ser conferido a determinado direito fundamental com base nas consequências advindas de sua proteção. Essa situação não ofende diretamente o sistema de valores constitucionais. A apreciação dos efeitos é uma forma de se garantir a concretude do valor em si.

Por outro nado, não pode significar uma desvalorização dos direitos fundamentais individuais em prol de um privilégio às *razões públicas de Estado*. A perda de liberdade de um indivíduo afeta todo o sistema. Afinal, o interesse da maioria não é o interesse direto do Estado, mas de cada sujeito, individualmente considerado. Nenhum desejo de um ente abstrato deve ser superior aos direitos individuais.

5 O dever fundamental de pagar tributos e o financiamento dos direitos fundamentais

A história da tributação como a história que leva o indivíduo *da servidão à cidadania*. Somente pode ser vista como uma luta contra o poder e a manutenção de uma esfera privada autônoma e digna.

Não há, na tributação, uma mera relação de poder ou uma relação contratual entre Estado e cidadão, mas, essencialmente, uma relação jurídica sobre como se dá o pacto fundamental na constituição de uma esfera cívica (*cives*) de liberdade e igualdade entre público e privado.

A reserva do possível pode ser verificada, por outro lado, na adequação entre a tributação e a realização dos direitos fundamentais. Assim podemos verificar duas formas de interligação entre o tema da reserva do possível e os direitos fundamentais.

De um lado, a tributação pode funcionar como uma forma de *alargamento* da reserva do possível. Nesse caso a tributação fornece os elementos para que os direitos fundamentais sejam realizados, expandindo a esfera de possibilidade de cumprimento dos direitos fundamentais. Tal situação se realiza quando são criados

tributos como modelo de financiamento de direitos fundamentais sociais, por exemplo, com a criação da CPMF. Por outro lado, quando os recursos da CPMF são destinados para outra finalidade, encontramos um caso de desvio de finalidade ou mesmo de "*fraude legislativa*", na instituição de tributos que não financiam as finalidades previstas na motivação constitucional. Podemos citar, dentre outras possibilidades, nesse caso:

a. as vinculações constitucionais de receitas de tributos para a saúde e a educação;

b. a instituição de Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico;

c. a instituição de Contribuições Sociais;

d. a instituição de incentivos fiscais para a família, a educação, os esportes e o meio ambiente;

e. o uso da seletividade do IPI e do ICMS na proteção da cesta básica;

f. o uso da extrafiscalidade como forma de implementação de políticas públicas em prol da saúde, da educação e do desenvolvimento nacional.

A tributação, como forma de *reforço* à reserva do possível, ocorre quando parte da sua arrecadação é desviada para financiar elementos diversos dos direitos fundamentais ou se perde no custeio de uma máquina pública. Podemos citar, dentre outros casos:

a. a desvinculação de receitas da União, que fere a repartição federada de receitas tributárias;

b. a desvinculação de receitas de contribuições sociais;

c. a não aplicação das receitas de contribuições sociais e das Cides nas destinações constitucionalmente previstas;

d. a guerra fiscal entre estados-membros e municípios;

e. a complexidade do sistema tributário nacional; e

f. a realidade de edição sistemática de normas jurídicas inconstitucionais no sistema nacional que ferem os direitos fundamentais do contribuinte e os princípios basilares do Estado de Direito, da segurança jurídica e da justiça fiscal.

A tributação nesse caso age de modo regressivo, ampliando as desigualdades sociais e a diminuição das possibilidades jurídicas e fáticas de concretização dos direitos fundamentais.

Considerações finais

O tema do *financiamento dos direitos fundamentais* enfrenta necessariamente o problema da inexistência de recursos infinitos para a promoção de políticas públicas. Os limites fáticos impõem uma análise sobre como maximizar direitos (trabalho, assistência social, etc.) e como ampliar a eficiência em utilização e distribuição de bens, serviços e produtos essenciais à preservação de uma existência digna.

Quais os critérios constitucionais para a satisfação do programa de maximização dos direitos fundamentais a prestações? Para responder a essa pergunta, a doutrina estrangeira passou a atentar para a chamada "*reserva do possível*" ("*Vorbehalt des Möglichen*"), como limite ao poder do Estado de concretizá-los efetivamente. Ingo Sarlet foi um dos pioneiros do estudo da eficácia do direitos fundamentais e de como um Estado Social de Direito pode alcançar as suas finalidades constitucionais.

Assim, a busca de uma *eficácia máxima possível* impõe o enfrentamento do problema da escassez de recursos (*reserva do possível*) e da complexidade (*reserva de consistência*) na efetivação dos direitos fundamentais. Não se pode negar sua efetividade pelo argumento de que eles possuem um custo, mas é preciso delimitar quais e como podem ser mais bem implementados. Cabe esclarecer que essa insuficiência de recursos deve ser provada e não apenas alegada, sob pena de responsabilidade do administrador.

Em suma, cabe repisar o aspecto positivo da teoria da *análise de custo-benefício* (*cost-benefit analysis*), como teoria que busca maximizar os resultados sociais decorrentes da utilização de recursos sociais finitos. Não se trata de uma teoria consequencialista pura, que não leva em conta a proteção de valores ou deveres, mas considera que a apreciação dos efeitos é uma forma de se garantir a concretude valor em si.

A tributação deve, portanto, se questionar como pode atuar sob uma forma de *alargamento* das condições fáticas de possibilidade, permitindo a realização de direitos fundamentais, pela existência de mais recursos ou de sua utilização mais

eficiente. Por outro lado, pode ser um obstáculo ao seu exercício pleno, em decorrência de sua excessiva onerosidade ou aplicação ineficiente de recursos.

Cabe ressaltar, por fim, o caráter original, inovador e protagonista da doutrina de Ingo Sarlet na construção de uma sólida teoria do financiamento dos direitos fundamentais, sempre atenta aos desafios impostos pela dura realidade financeira e orçamentária.

Referências

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais*: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

HESSE, K. *Força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA, George Marmelstein. *Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Tese de Doutoramento apresentada na Universidade Federal do Ceará, em 2005.

LIMA NETO, Manoel Cavalcante de; PIERRE, Victor Hugo Lessa. Judicialização do orçamento brasileiro: o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nos últimos 20 anos. *Revista Jurídica* (UniCuritiba), v. 1, n. 50, p. 414-441, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 57-58, p. 231-256, 1981.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

- OLSEN, Ana Carolina Lopes. A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Renovar, 2006.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *In*: PIRES, Adilson; TÔRRES, Heleno. *Princípios de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

STONE, Geoffrey R. Individual rights and majoritarianism: the Supreme Court in transition. *Cato Policy Analysis*, n. 51, March 29, 1985.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais*: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. São Paulo: Renovar, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5 (Orçamento na Constituição).

Jurisprudência selecionada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgR-639337 CE*. Relator: Ministro Celso de Mello. 2011. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 709-MC.* Relator: Roberto Barroso. 2020. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 ago. 2023.

25. PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA INAFASTABILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL: REFLEXÕES PRÁTICAS SOBRE POSSÍVEIS ESTRUTURAÇÕES E RESTRIÇÕES DE SUA EFETIVAÇÃO

https://doi.org/10.36592/9786554600668-25

Phillip Gil França[1]

SUMÁRIO

Introdução[2]

O Professor Ingo Wolfgang Sarlet – ou melhor, ´Professor Ingo´ – trata-se do melhor exemplo, pelo menos para mim, de como o esforço, aliado ao talento nato, pode representar a viabilização de desenvolvimento(s) positivos e produtivos de pessoas, de ambientes e de organizações.

A generosa capacidade do Prof. Ingo de afetar – direta e indiretamente – as constantes transformações que testemunhamos, inclusive, no mundo jurídico, por si, é algo que demonstra sua importância e o impacto de sua vastíssima obra.

Tenho muito orgulho de poder dizer que minha história teve o Prof. Ingo como um dos principais personagens. Logo, é com muita alegria que aproveito a presente oportunidade de prestar-lhe homenagens por conta de seus 60 anos.

---

[1] Pós-doutor (CAPES_PNPD), Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS, com pesquisas em doutorado sanduíche - CAPES na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Filosofia pela PUC/RS, em direito administrativo e direito civil pelo IDRB. Professor da Escola da Magistratura do Paraná e da graduação e do Mestrado em Direito da UNIVEL/PR. Pesquisador do Grupo de Pesquisas "Direito e Regulações da UNIVEL". Advogado. ORCID: 0000-0001-6245-7995.

[2] Texto atualizado e adaptado de capítulo do livro: FRANÇA, Phillip Gil. *O Controle da Administração Pública*. 6º ed. Saraiva. São Paulo. 2016.

De igual forma, sou muito grato ao Prof. Ingo, pois não só iluminou meus caminhos (e de tantos outros que lhe admiram), mas, também, pacientemente, estendeu-me a mão para compartilhar, dentre outros atributos, sua coragem, vanguardismo, seriedade, honestidade cientifica e, principalmente, sua lealdade com o bom, o justo e a visão do ser humano como parte de um ecossistema integrado e necessário para um mundo (ainda) viável e sustentável.

Sua marca nessa caminhada, como magistrado (dentre tantas outras frentes de atuação, pois, ao que me consta, de músico ao mundo do judô o Prof. Ingo já se destacou) será o tema do meu singelo recorte de contribuição para a justa homenagem que brilhantemente os organizadores, Professores Doutores Gilmar Ferreira Mendes e Draiton Gonzaga de Souza ora apresentam.

Ao passo, então, que parabenizo os Professores organizadores desta obra, registro meu afetuoso abraço ao Prof. Ingo, acompanhado de efusivos votos para que seus ensinamentos – e agradabilíssima companhia com sua alegria habitual – persistam nos inspirando por muitas décadas mais.

Obrigado pelo convite, Professores Doutores Gilmar Ferreira Mendes e Draiton Gonzaga de Souza.

Grato, meu caro, Prof. Ingo, por tudo.

Ensinou-me que dignidade é – inclusive – aprender a ter orgulho da retidão dos caminhos escolhidos e fazer valer a proteção desse núcleo essencial que, caso adequadamente protegido, certamente faria com que nos aproximássemos um pouco mais das tarefas expressas no art. 3º da Constituição, representadas como objetivos fundamentais da República.

Assim estabelecido, o escopo do presente texto sintetiza-se na análise da atual ideia do controle do Estado, tendo como de seus fundamentos o princípio. fundamental *processual* da inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional.

A perspectiva aqui indicada se apresenta em um possível exame do tema a partir do enfrentamento da questão acerca como o próprio detentor do monopólio da atividade judicial pode agir em algumas situações, em tese, de modo a esquivar-se dessa determinada responsabilidade junto ao povo concedente de seu poder.

Para tanto, pretende-se demonstrar como a atuação do Estado nacional deve estar voltada a viabilizar o exercício de seu poder-dever de prestar a adequada tutela

jurisdicional, definindo, assim, os limites de seu desempenho e a indicação de possíveis caminhos corretivos de eventuais disparates cometidos – caracterizados, aqui, pelas indevidas restrições estatais da ampla e apropriada aplicação do art. 5.º, XXXV, da CF de 1988.

Após, estabelecido o alicerce básico de como o Estado detém o poder-dever de assegurar respostas jurídicas à nação que tutela, de forma definitiva, o presente texto estará apto a adentrar no *novel instituto jurídico do controle da regulação econômica estatal* e as atividades do Executivo, do Legislativo e do Judiciário – pois se faz necessário estabelecer os limites e finalidades das apertadas amarras públicas para a expressão do poder recebido a cada função do Estado, quando de sua interação com a atividade regulatória administrativa.

2.1 Apresentação e viabilidade do controle estatal

O exercício da atividade administrativa e regulatória estatal, conforme os ditames axiológicos da Constituição, tem sua espinha dorsal estabelecida no instituto da prestação da tutela jurisdicional pelo Estado, sem a ocorrência de ações furtivas desta própria atuação, tampouco omissões quanto ao próximo e eficaz desempenho jurisdicional.

Assim, busca-se analisar sugestões de construção de um cenário de desenvolvimento de atividades estatais permeadas de valores que conformem o exercício de uma adequada prestação jurisdicional, conforme o sistema constitucional nacional determina.

Da expressão normativa estampada no art. 5.º, XXXV, da Constituição: "A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito", compreende-se que nenhum ato normativo[3] poderá impedir o questionamento ao Judiciário de ações ou omissões que agridam ou ameacem os valores fundamentais da ordem jurídica estabelecida.

Tem-se, então, que "o Poder Judiciário, quando provocado, utilizará de sua legítima força estatal – por intermédio de um sistema harmonicamente organizado

---

[3].Leia-se *lei* no sentido amplo – logo, toda expressão normativa do Estado.

– dotado de poder decisório final (fazer coisa julgada material) para dirimir o uso (ou ameaça de uso) impróprio da força, mesmo se tal impropriedade provir de atos estatais".[4]

Além desse trilho estabelecido na leitura da citada norma constitucional, é imprescindível mencionar a ligação entre o dever do Estado de sempre proporcionar a adequada tutela jurisdicional, quando incitado, e o direito fundamental de ação – possibilidade de busca de uma pretensão jurídica mediante requerimento ao Judiciário. Não há sobrevivência desse princípio fundamental sem o direito fundamental supra destacado, considerando que a efetivação de seus enunciados está diretamente correlacionada.

Existe, assim, a proteção de um direito do cidadão, por um lado, e, por outro, a determinação normativa de viabilização desse direito pelo Estado. Trata-se de um instrumento de garantia em face da ultrapassagem dos limites do direito de autodeterminação individual, condicionado pelo exercício normativo tanto daquele privado, como daquele público, fincado no exercício monopolizado de dicção do direito por uma determinada função estatal. Sublinha-se a relevância do citado princípio processual constitucional para o alcance dos objetivos propostos na Constituição: o *integrado desenvolvimento de uma sociedade mediante a busca da preservação de sua paz social.*

Com base na ideia de que apenas um Estado possuidor de instituições fortes – notadamente o Poder Judiciário – e com legitimidade para atuar de forma a assegurar um fiel cumprimento das garantias de proteção ao cidadão, faz-se necessária a obtenção do selo de *inafastável* ao princípio em tela, pois é este um dos principais instrumentos protetores do desenvolvimento e da manutenção do Estado Democrático de Direito nacional.

Esse princípio expressa a plena possibilidade de auxílio aos partícipes da nação quando ocorrerem agressões – ou mesmo ameaças de agressões – a seus direitos. Sem esta garantia, não há segurança mínima para o relacionamento intersubjetivo. As relações jurídicas tornam-se inviáveis, pois a exigência de cumprimento das obrigações estabelecidas não consegue alcançar um grau de

---

[4].Sobre o tema, vide: KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

confiança mínimo e aceitável para uma exequível convivência social.

Por mais que exista um consenso social de respeito à liberdade do seu semelhante, sem a atuação estatal – como terceiro justo, apaziguador e com dicção coercitiva – a vida em sociedade não seria viável, pelo menos para o alcance do esperado desenvolvimento pessoal de seus membros. De igual forma, na ausência deste pilar de sustentação da sociedade e da nação, inexiste padrão racional de superação de problemas, fatos que auxiliam a estagnação do progresso de uma sociedade, bem como impedem a atividade executiva estatal, o que, por conseguinte, abre perigosas brechas para cometimento de abusos.

Exalta-se o essencial papel da prestação da tutela jurisdicional do Estado para a promoção do desenvolvimento da nação. Entretanto, observa-se – na prática – que o próprio Estado viabilizador dessa tutela age de maneira furtiva ao obrigatório controle exercido pelo Poder Judiciário, pois, não raro, desinteressa para os seus operadores as amarras da sindicabilidade judicial existentes justamente para evitar o abuso do seu poder.

Desse modo, o Estado, muitas vezes, utiliza-se da expedição de atos normativos que ultrapassam os limites impostos pelos valores de independência, separação e harmonia dos Poderes (art. 2.º da CF/88).

Outras vezes, esconde-se sob uma suposta ideia turva de espaço discricionário de sua atuação, pois crê – erroneamente – que o mérito de suas ações não se submete ao controle do Poder Judiciário.

Ainda,[5] age de tal forma irregular quando não cumpre com as prerrogativas legais que visam resguardar o bem[6] do cidadão, ou quando não se sujeita aos limites impostos pelo quadro de princípios do Estado Democrático de Direito nacional. Situações que ocorrem, por exemplo, nas ocasiões em que a máquina estatal utiliza suas ferramentas para restringir – indevidamente – o acesso do cidadão ao Judiciário. Exemplos estes facilmente verificados na atuação contemporânea das agências reguladoras instituídas.

---

[5].Não há a pretensão de estabelecer um rol taxativo de tais impropriedades.

[6] .*Bem* entendido como a promoção, concretização e respeito (manutenção) dos valores constitucionais que compõem a *dignidade da pessoa humana* (tais como: trabalho, lazer, moradia, assistência social, educação etc.).

Portanto, preliminarmente, levanta-se o questionamento sobre a apropriada atuação do Executivo, Legislativo e Judiciário – em face do princípio fundamental processual da inafastabilidade da tutela jurisdicional –, tendo em vista as respectivas responsabilidades de manutenção da estrutura jurídica ordenadora do Estado e os objetivos da República estabelecidos no art. 3.º da CF de 1988, de acordo com seus próprios fundamentos apresentados no art. 1.º da Constituição.

Assim exposto, pergunta-se: *qual é o sentido de o maquinário público*[7] *atuar, determinadas vezes, de maneira a esquivar-se do controle judicial, considerando a inexistência de faculdade de atendimento ao interesse público, como finalidade maior de toda sua atividade e como detentor do monopólio da prestação da tutela jurisdicional?*

2 Reflexões sobre uma possível construção de uma ideia de tutela jurisdicional estatal

Limitado a alguns elementos delineadores da legitimação do uso da força pelo Estado, no sentido de reprimir o impróprio uso da força pelos seus partícipes, inclusive aquela proveniente de sua própria atuação, traz-se pontuais reflexões sobre uma possível construção de uma ideia de tutela jurisdicional estatal.

Assim será estabelecido, tendo como pressuposto a inafastável necessidade do homem de se desenvolver e de procurar superar seus conflitos (de diversas ordens) para alcançar e renovar seus anseios de que poderá se sentir melhor do que já esteve – também em infinitas perspectivas e dimensões que cada um desse modo almeja.

Contudo, considerando que tais desideratos (individuais e/ou coletivos) jamais serão atingidos em sua plenitude,[8] é possível imaginar que, talvez, a efetividade dos instrumentos viabilizadores de seu alcance é diretamente proporcional ao grau de desenvolvimento conquistado.

---

[7].Representado pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

[8].Pois, assim, voltaria o homem ao impraticável "estado de natureza", donde todas as liberdades e vontades seriam absolutas e contrapostas – sem qualquer limite preestabelecido, bem como, sem o devido e necessário controle.

Portanto, dentro de uma disciplina da força (ação negativa delimitadora e disciplinadora) para a busca de liberdade e paz do ser humano, representando alguns dos elementos que lhe auxilia a alavancar seu desenvolvimento, fulcra-se a ideia da necessidade de eleição de um terceiro (independente da relação intersubjetiva estabelecida), legítimo monopolizador do uso da força garantidora do desenvolvimento almejado.

Como disposto, então, a busca incessante de tais elementos paz[9] e da liberdade,[10] , dentre outros, e sua necessária disciplina quando se contrapõe com outras liberdades, forma o Direito e o torna indispensável dentro de uma sociedade.

Nesse prisma, observa-se o Direito não só como um contraponto limitador da atividade do homem, mas também como um elemento promotor da organização e do alcance dos instrumentos de seu pleno desenvolvimento – como expressado, via a paz e a liberdade.

Para Hegel,[11] "o fato de uma existência em geral ser a existência da vontade livre constitui o direito. O direito é, pois, a liberdade em geral como ideia". O filósofo explica seu posicionamento ao lembrar que a definição kantiana geralmente admitida, em que o elemento essencial é a limitação da minha liberdade (ou do próprio livre-arbítrio) para que ela possa estar de acordo com o livre-arbítrio de cada um segundo uma lei geral, apenas constitui uma determinação negativa (a de limitação). Por outro lado, o positivo que há nela, a Lei da razão universal ou como tal considerada, o acordo da vontade particular de cada um com a do outro, leva à bem conhecida identidade formal e ao princípio da contradição.

Ressalta Hegel[12], que a citada definição contém a ideia muito divulgada desde Rousseau de que a base primitiva e substancial deve estar não na vontade como existente e racional em si e para si, não no espírito como espírito verdadeiro, mas na vontade como indivíduo particular, como vontade do indivíduo no livre-arbítrio que

---

[9].O que engloba, também, o ideal de felicidade.

[10].Entende-se, de igual forma, o ideal de capacidade de autodeterminação para o alcance de sua necessidade de homem digno (como já comentado) – isto é, de aferir a sua individual necessidade, qualitativamente e quantitativamente, de educação, saúde, trabalho, lazer, entre outros.

[11].HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 31.

[12].Idem, ibidem.

lhe é próprio.[13]

É fato que o direito é visto, muitas vezes, como a destinação e materialização do monopólio da *imposição e execução da verdade pós-estabelecida* para um terceiro eleito de forma legítima para utilizar a força – conforme um padrão de ponderação racional dos próprios elementos axiológicos de formação desse determinado direito – a favor (para o bem) dos mesmos cidadãos que o criaram. Entretanto, vale frisar os perigos que tal ideia traz consigo, quando vista apenas por um único ângulo, uma vez que, dessa forma, justifica o uso da força para uma eventual tirania e desequilíbrio da balança do senso justo do bem.

Em outros termos, deve-se acrescer ao ponto de partida de monopolização do uso da força a razão para que tal fenômeno aconteça, qual seja: *o desenvolvimento do ser humano*.

Nesse contexto, o ser humanos representa um possível eixo de onde os demais valores do direito giram – notadamente a *família, a propriedade* e as *obrigações que delas decorrem* entre os participantes de uma sociedade. E a partir dos valores que compreendem a promoção do homem, a força estatal criada para disciplinar a força individual do homem deve ser seguida, ao passo de acelerar a sua evolução como ser natural, de modo a assegurar os valores de dignidade interdependentes.[14]

Assim determinado, firma-se o acordo semântico acerca da essencial inafastabilidade do uso da força legítima pelo Estado, quando questionado para tanto, formando a ideia de *jurisdição* – qual seja: *a presente ideia de "força" apresentada é aquela fundamental para coexistência e interdependência dos valores que fundamentam a existência digna do homem em sociedade para, ao fim, manter sua jornada inevitável de evolução natural.*

Como tratado, a necessidade de *prestação da tutela jurisdicional pelo Estado*

---

[13].Nesta esteira, para o autor, uma vez aceito tal princípio, o racional só pode aparecer para essa liberdade como uma limitação, não, portanto, como razão imanente, mas como um universal exterior, formal. Não precisa o pensamento filosófico recorrer a qualquer consideração especulativa para repelir este ponto de vista desde que ele produziu, nas cabeças e na realidade, acontecimentos cujo horror só tem igual na vulgaridade dos pensamentos que os causaram.

[14].Não basta o homem ter todos seus valores de dignidade observados de maneira isolada, deve o Estado garanti-la, também, quando contraposta com os demais valores de dignidades das pessoas que compartilham com ele o meio social, assim como ocorre com todos os demais valores protegidos juridicamente (liberdade, propriedade etc.).

advém da ideia de que a imposição unilateral da vontade, tendo como limite tão só a autonomia privada, sem parâmetros comuns – ou sociais – não proporcionava o desenvolvimento ideal de uma sociedade, ao contrário, causava prejuízos, estagnação, até mesmo retrocesso da evolução socioeconômica de um grupo de indivíduos.

Na ordenação do Estado muitas barreiras foram superadas para determinar que um terceiro precisava obter e viabilizar meios eficazes para ordenar a vida em comum, dirimindo a ideia de que o particular mais forte (física ou intelectualmente) deveria ter sua vontade prevalecida sobre aquele mais fraco – sem nenhum parâmetro de correção racional, desenvolvimento comum e manutenção da paz do grupo social.

Nas fases primitivas sociais, inexistia Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares. Sequer existiam leis (normas ou determinações limitativas impostas aos particulares), tampouco organizações que as executassem. A obtenção de algo que outro impedisse de tê-lo era feita por meio da força. A própria repressão dos atos criminosos era feita por atos autoritários do Estado[15] – não existiam órgãos independentes, imparciais voltados a cuidar do sistema sancionador.[16]

Em razão dos males evidentes desses conflitos – principalmente em virtude da consequente estagnação do ciclo evolutivo social do ser humano – uma vez que a solução imposta pelo mais forte não é, na maioria das vezes, a melhor e justa resposta para o embate –, passou-se a preferir soluções imparciais (considerando o beneficio comum e não individual). Para tanto, germinou a ideia de indicação de um terceiro *independente* para conferir a palavra de resolução de uma lide existente.

De forma gradual, a partir do momento em que os partícipes da sociedade perceberam que o exercício de sua liberdade de forma ilimitada não os conduzia ao progresso pessoal esperado, tal liberdade passou a ser parcialmente renunciada e concedida a um ente exterior, formando um pacto social. Nesse contexto, os membros de um determinado grupo possuíam objetivos de crescimento comuns e

---

[15].Sobre o tema, vide: VOLTAIRE. *O preço da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

[16].Segundo a doutrina estampada em: CINTRA, Antônio C. A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

aqueles que assim não se adequassem, seriam punidos ou extirpados de tal convívio social.

Destarte, após essa conjugação de *liberdades parciais* ao terceiro criado – Estado – a necessária *e legítima*[17] força, outrora faltante, forma-se para repelir os atos contrários aos limites impostos por esse terceiro. Dessa forma, ao Estado resta a escolha dos meios e limites de utilização desse instrumento coercitivo legítimo para a *melhor* evolução do grupo formado, que, agora, incorpora a ideia de Estado-tutor da sociedade, sendo, também, o seu dever a manutenção do grupo na paz almejada.[18]

Destacam-se as lições de Paulo Bonavides acerca do Estado Antigo, como aquele que "se reduzia numa extremidade, a força bruta das tiranias imperiais típicas do Oriente; noutra, a onipotência consuetudinária do direito ao fazer suprema, em certa maneira, a vontade do corpo social, qualitativamente cifrado na ética teológica da *pólis* grega ou no zelo sagrado da coisa pública, a *res publica* da *civitas* romana".[19]

Ainda, de acordo com o mesmo autor, a Idade Média cristã, após o colapso do Império Romano, reduziu a pó a concepção de Estado – "no sentido de instituição materialmente concentradora de coerção, apta a estampar a unidade de um sistema de plenitude normativa e eficácia absoluta".[20]

Na sequência da linha histórica estabelecida, Marçal Justen Filho lembra que "uma das características do *Estado Moderno*, instaurado no Ocidente a partir do Tratado de Westfalia, de 1648, consistiu no *monopólio da violência*. A centralização do poder político produziu a assunção pelo Estado dos meios de coação física, afirmando-se a sua soberania interna e externa. Como decorrência, o aparato estatal foi investido no poder de combater e eliminar qualquer obstáculo por meio da força. Isso produziu o risco de que a justificativa para a existência da ordem jurídica residisse pura e simplesmente na força bruta, na defesa dos interesses dos mais poderosos. Mas a evolução civilizatória ocorrida ao longo dos últimos três séculos

---

[17].Frise-se: de forma legítima, pois possui parcelas de força advinda da concessão de liberdade de cada membro desse grupo social.

[18].Nos dias contemporâneos, por intermédio do uso de seu *poder impositivo democraticamente e constitucionalmente legítimo*.

[19].BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 28.

[20].Idem, ibidem.

se pautou pela demonstração de que o *monopólio da violência* pelo Estado não significa a legitimação por meio da violência. Nenhum Estado se justifica, nem se mantém, por meio pura e simplesmente da força; nenhuma ordem jurídica se legitima – nem se mantém, insista-se – através simplesmente da violência. Isso significa que o Estado existe e o direito obriga, mas não porque sejam instrumentos da força física e psicológica da opressão dos mais fortes contra os mais fracos. A violência e a força bruta podem dar sustentação a um regime político e impor a observância de normas jurídicas, mas apenas temporariamente. A médio ou longo prazo, toda organização de poder político e todo direito somente podem se manter por outra via, relacionada com sua legitimidade".[21]

Dessa forma, conclui o autor que "o monopólio da violência tem de ser interpretado em consonância com os valores fundamentais consagrados constitucionalmente. A violência pode ser utilizada pelo Estado apenas se e quando tal for justificada pela ausência de alternativa para a realização dos valores fundamentais. Portanto, a monopolização da violência por um Estado é uma decorrência de seu poder e de sua autoridade, não a causa de sua existência".[22]

Nesse sentido – tendo em vista a necessidade de controle desse *desenvolvimento* para que o seu caminho não seja desvirtuado pela imposição (ou violência ilegítima, como tratado), em detrimento da razão –, hoje um conflito é dirimido de forma válida por intermédio do chamado do Estado-Juiz que dirá qual é a melhor aplicação (quando provocado para tanto) do ordenamento jurídico para o caso concreto apresentado, instrumentalizado pelo *processo*.

Ainda, o Estado, conforme já exposto, detém a prerrogativa de impor a sua declaração do direito conforme suas conclusões e juízo, isto é, tem poder de executar sua convicção na sociedade, como palavra decisória final nas relações interpessoais. Em síntese, detém o monopólio (e o dever-poder) da prestação da tutela jurisdicional efetiva.[23]

Trata-se, assim, da ação judicante do Estado, como descreve Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: "Afora a ação legislativa e executiva do Estado, há uma outra,

---

[21].JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...* cit., p. 5-6.
[22].Idem, ibidem.
[23]. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1, p. 12-13.

chamada judicante, através da qual ele aplica a norma jurídica disposta pela ação legislativa aos casos concretos. Por ela se visa, imediatamente, a assegurar o direito constante da norma, que, em virtude de fato ou ato jurídico anterior, se afirmou no interesse de alguma ou algumas pessoas, e se acha ameaçado ou foi violado. Então, pretende ou pretendem essa ou essas pessoas a proteção do direito constante da norma. Tal se dá mediante ação judiciária. Porém, de modo indireto, através dessas partes litigantes, em controvérsia. Isso, ao contrário da ação legislativa, em que se vale dessa norma como parte atuante do Estado, para levar a efeito, de modo direto, o bem comum por ela cogitado, e efetivado pela ação executiva, como participantes da utilidade pública, então prevista no preceito legal"[24]

Contudo, para a concretização da prestação jurisdicional pelo Estado, conforme nosso sistema democrático de direito instituído, existe a necessidade de normas cogentes de padrão de comportamento previamente estabelecidas para que, assim, o direito possa refletir em fatos sociais, os quais, em razão de tal reflexão – do *universo social* ao *universo jurídico* –, se tornam fatos jurídicos e detêm a permanente tutela do Poder Judiciário. Dessa forma, diretamente se observa a realização desse discurso como o pilar principal de sustentação e fundamento do essencial controle da atividade da Administração Pública, responsável pela guarda da coisa pública.

Caio Tácito bem resume essa ideia, no que tange à vinculação do Estado ao princípio da legalidade para, assim, poder exercitar coativamente sua palavra final aos litígios que lhe são apresentados (quando de sua ação judiciária, ou judicante), da forma que se segue:

"O episódio central da história administrativa no século XIX é a subordinação do Estado ao regime da legalidade. A lei, como expressão da vontade coletiva, incide tanto sobre os indivíduos como sobre as autoridades públicas. A liberdade administrativa cessa onde principia a vinculação legal. O Executivo opera dentro de limites traçados pelo Legislativo, sob a vigilância do Judiciário. A esse fenômeno de *legalização* da atividade administrativa associa-se, mais recentemente, a tendência de fortalecimento do Poder Executivo. A sociedade liberal, baseada na livre iniciativa,

---

[24] Id.

aprofundou-se em contradições e antagonismos. Os interesses se organizaram em grupos, provocando conflitos intoleráveis com os postulados da ordem democrática. O Poder Público foi convocado a disciplinar e conter a atividade privada, sujeitando-a aos princípios do bem comum e da justiça social".[25]

No Estado nacional atual, trata-se de direito fundamental do homem a possibilidade de recorrer ao Estado-juiz (guardião do monopólio da tutela jurisdicional) para assim receber uma efetiva resposta apaziguadora de suas relações intersubjetivas, tendo em vista a ideia de que o Estado existe para servir o homem e garantir sua existência com dignidade. Isto é, o Estado-juiz, hoje, é o efetivo tutor dos valores fundamentais estabelecidos para a proteção do cidadão, em face – inclusive – do próprio Estado.

Em alusão ao Judiciário espanhol, como exemplo comparado, Jesús González Pérez coleciona o seguinte posicionamento, decisivo para compreensão do conteúdo e relevância da garantia constitucional da prestação da tutela jurisdicional pelo Estado: "É doutrina reiterada e uniforme deste Tribunal que uma das proteções do direito fundamental a uma tutela judicial efetiva consiste no acesso à jurisdição, o que significa que todos têm direito a um Tribunal que resolva a fundo as controvérsias de direitos e interesses legítimos, salvo se for impedida por uma razão fundada em um preceito expresso de uma lei, que, por sua vez, seja respeitoso ao conteúdo essencial do direito fundamental da adequada prestação estatal da tutela jurisdicional".[26]

Segue o julgado sublinhando que o direito à tutela judicial efetiva se satisfaz igualmente quando os órgãos ditam resoluções, apreciando a concorrência de um motivo legalmente previsto que impede o exame de fundo (substancial), de tal forma que uma resolução de inadmissão, ou meramente processual, é, em princípio, constitucionalmente admissível, ressaltando que a interpretação judicial do correspondente obstáculo processual deve ser guiado por um critério *pro actione* que, estando sempre presente a *ratio* da norma e um critério de proporcionalidade entre a entidade do defeito advertido e a sanção derivada do mesmo, não impeçam a cognição substancial de um assunto em função de meros formalismos ou de entendimentos

---

[25].TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 1.
[26].GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3. ed. Civitas: Madrid, 2001. p. 37.

não razoáveis das normas processuais.[27]

3 Reflexões sobre o princípio fundamental da inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional pelo Estado

O princípio fundamental processual da inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional trata do poder-dever que o Estado detém de adequadamente – ou seja, a partir de uma ponderação racional e proporcional dos valores envolvidos – manifestar-se e posicionar-se de forma final sobre o direito que lhe fora questionado. Assim, o dever mencionado surge a partir da incitação do Estado-juiz pelo jurisdicionado.

Desse modo, não cabe ao Poder Público agir sem a estrita manifestação dos partícipes da sociedade, pelos representantes desta, ou, até mesmo, pelo Estado, para, a partir desta lógica, obter-se a garantia de seus deveres constitucionais.

Isso posto, o viés *fundamental* da *inafastabilidade da tutela judicial* é estabelecido quando se denota do seu conteúdo – extraído em total consonância com a ideia correspondente de *direito fundamental* – a essência explanada por Martin Borowski e por Ingo Wolfgang Sarlet, como segue:

“Los derechos fundamentales nacionales son los derechos individuales que adquieren una dimensión positiva en las constituciones nacionales de los Estados democráticos constitucionales y que por lo general representan un intento de transformar los derechos humanos en derecho positivo. A diferencia de los derechos nacionales y supranacionales, estos derechos tienen la máxima jerarquía en el sistema jurídico nacional y son exigibles judicialmente”.[28]

“Com base no nosso direito constitucional positivo, e integrando a perspectiva material e formal já referida, entendemos que os direitos fundamentais podem ser conceituados como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e,

---

[27].Idem, ibídem.

[28].BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 33.

portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam ser-lhes equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5.º, § 2.º, da CF, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais)."[29]

Observa-se que o princípio constitucional em roga possui o selo de *fundamental* em razão de ser o chamado *monopólio de prestação jurisdicional pelo Estado*, fator essencial para a estabilidade das relações intersubjetivas da nação, na mesma esfera, por se tratar de instituto que não pode ficar à mercê do inseguro e *flexível*[30] sistema de renovação e reforma legislativa nacional, pois advém dele toda a segurança jurídica de que o Estado Democrático de Direito realmente possui um efetivo guardião.

Dessa maneira, conforme assertivas doutrinárias frisadas, observa-se o caráter de princípio fundamental no dispositivo em destaque, pois apresenta a característica de *disposição normativa máxima* na hierarquia do sistema nacional e encontra-se em posição jurídica indisponível para os poderes constituídos.

Por outro prisma, não excludente do anterior observado, a disposição constitucional em questão trata-se de *princípio constitucional processual*, em razão da necessária e apropriada instrumentalidade da máquina estatal (feito por meio de normas processuais) para a plena efetivação do seu conteúdo constitucional fundamental. Faz-se necessário, então, artifícios hábeis ou suficientes para que o estado possa garantir a paz social e a estabilidade econômica da sociedade, assim como a segurança das relações sociais e jurídicas para, consequentemente, bem prestar a obrigatória tutela do primado dos direitos fundamentais.[31]

Hierarquizar esse instrumento processual como *fundamental* significa conferir a esta norma um grau de importância maior aos demais caracteres

---

[29].SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 1, p. 11, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 10 jun. 2023.

[30].Em virtude da frequência de atualização legislativa nacional, não há como encontrar outra definição, senão de que se trata de uma legislação flexível.

[31].Considerando o constitucional monopólio da dicção jurisdicional do Estado.

normativos meramente processuais. Por outro lado, rotular esta norma fundamental como, também, processual, tem como fito viabilizar sua direta operacionalidade. Isso em razão do necessário estímulo doutrinário de aplicação e orientação do intérprete para a melhor aplicação do direito. Nesse caso, vale o esforço de demonstração da efetividade imediata e indisponível deste princípio fundamental da prestação da tutela jurisdicional pelo Estado.

Não só o princípio fundamental processual em destaque, bem como os demais envolvidos na estrutura jurídica pátria devem ter como norte a proteção do homem, como ser humano detentor de garantias em face da máquina pública que lhe retira energias para se manter. O Estado não existiria senão para servir e impor limites ao homem. Imposição de limites e servidão com finalidade de auxiliá-lo a desenvolver-se na sua totalidade, para que, assim, a sua energia utilizada pelo Estado seja aprimorada – incessantemente – com fim de recepção do tão aclamado progresso contínuo do País.

Da forma analisada, a expressão deste princípio fundamental processual é de que nenhuma força normativa, inclusive aquela explanada pelo próprio juiz, pode levar o Estado a escapar de sua obrigação de impor e servir ao direito, por meio da exposição da palavra final às relações jurídicas que lhe são apresentadas para, desta maneira, conceber confiabilidade e estabilidade das relações sociais e jurídicas. De igual monta, para gerar uma determinada previsibilidade das adequações procedimentais da estrutura estatal, fazendo, destarte, emergir a busca incessante pela paz e tranquilidade do seu povo – procura esta provedora do maior desenvolvimento do Estado e da própria sociedade que o compõe.

Nessa mesma esteira, para a imprescindível prestação da adequada tutela jurisdicional estatal, é imperativa a eterna observância de diminuição dos óbices criados pelo Estado no tocante ao acesso do cidadão à efetiva resposta jurisdicional pelo Estado – por barreiras trazidas seja pelo Executivo, seja pelo Legislativo, seja pelo próprio Judiciário – para impedir a sua fuga dessa sujeição constitucionalmente imposta.

Vale frisar que se entende por adequado e efetivo[32] exercício da prestação

[32].Segundo Humberto Theodoro Junior, "instrumentalismo e efetividade são ideias que se completam na formação do ideário do processualismo moderno. Para ser efetivo no alcance das metas de direito

jurisdicional pelo Estado[33] a resposta (seja favorável ou não ao reclamante) do Judiciário ao questionamento realizado pelo jurisdicionado – efetivada de forma imparcial, racional, ponderada e de acordo com os critérios de proporcionalidade, conforme os valores legais e de direito do nosso ordenamento e dentro de um prazo razoável para sua processualização.[34]

Compreende-se, também, nessa esteira, como o exercício do Estado de constante atualização das normas instrumentais do processo, para o entendimento e atendimento das novas necessidades geradas pela constante evolução da sociedade, justamente em atenção ao desenvolvimento nacional e a construção da sociedade livre e justa, conforme apregoa o art. 3.º da Constituição da República de 1988.

Importante lembrar que não há como confundir a ausência de apreciação de pretensa lesão ou ameaça a direito com a prestação jurisdicional diversa das pretensões do questionador,[35] isto é: *decisão contrária aos interesses da parte não configura, por si só, negativa de prestação jurisdicional*[36] *pelo Estado*.

---

substancial, o processo tem de assumir plenamente sua função de instrumento. Há de se encontrar na sua compreensão e no seu uso a técnica que se revele mais adequada para que o instrumento produza sempre o resultado almejado: 'A solução das crises verificadas no plano do direito material é a função do processo' [José R. dos Santos Bedaque], de sorte que quanto mais adequado for para proporcionar tutela aos direitos subjetivos de natureza substancial, mais efetivo será o desempenho da prestação estatal operada por meio da técnica processual" (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: teoria geral de direito processual civil e processo de conhecimento. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1, p. 20).

[33] ."Quando se pensa em tutela jurisdicional efetiva, descobre-se, quase por necessidade, a importância da relativização do binômio direito-processo. O processo deve estar atento ao plano do direito material se deseja realmente fornecer tutela adequada às diversas situações concretas. O direito à preordenação de procedimentos adequados à tutela dos direitos passa a ser visto como algo absolutamente correlato à garantia de acesso à justiça. Sem a predisposição de instrumentos de tutela adequados à efetiva garantia das diversas situações de direito substancial não se pode conceber um processo efetivo. O direito de acesso à justiça, portanto, garante a tutela jurisdicional capaz de fazer valer de modo integral o direito material. Lembre-se, aliás, que a Corte Constitucional italiana já afirmou que 'o direito à tutela jurisdicional está entre os princípios supremos do ordenamento constitucional, no qual é intimamente conexo com o próprio princípio democrático assegurar a todos e sempre, para qualquer controvérsia, um juiz em sentido verdadeiro'" (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 32).

[34].Conforme art. 5.º, LXXVIII, da CF/88.

[35].STJ, 2.ª T., AgRg no Ag 318549/SP; AgRg no AgIn 2000/0067309-9, Min. Franciulli Netto (1117),– j. 23.10.2001, *DJ* 25.02.2002, p. 357: "Inviável acolher o argumento de que o art. 5.º, XXXV, da CF tenha sido violado, pois não há confundir ausência de apreciação de pretensa lesão ou ameaça a direito com a prestação jurisdicional diversa das pretensões da recorrente".

[36].STF, 2.ª T., AgRg no AgIn 545775/DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. 22.11.2005, *DJ* 16.12.2005, p. 101, *Ement* v. 02218-12, p. 2.280. "(...) III. Decisão contrária aos interesses da parte não configura negativa de prestação jurisdicional (CF, art. 5.º, XXXV)".

Salienta-se que decorre como reflexo de tal princípio fundamental o direito fundamental de ação, que garante a qualquer sujeito[37] a possibilidade de requerer ao Estado – mediante o Poder Judiciário – a apreciação de lesão ou ameaça ao seu bem juridicamente tutelado (corpóreo ou não), também, conforme dispõe o art. 5.º, XXXV, da CF/88.

Nelson Nery Jr. leciona que o direito de ação é um *direito público subjetivo* exercitável até mesmo contra o Estado, que não pode recusar-se a prestar a tutela jurisdicional. O Estado-juiz não está obrigado, no entanto, a decidir em favor do autor, devendo, isto sim, aplicar o direito ao caso que lhe foi trazido pelo jurisdicionado. O dever de o magistrado fazer atuar a jurisdição é de tal modo rigoroso que sua omissão configura causa de responsabilidade do servidor. Assim, para o autor, pode-se verificar que o direito de ação é um direito cívico abstrato, vale dizer, é um *direito subjetivo à sentença tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições de ação. A realização de um direito subjetivo é alcançada quando se consegue o objeto desse mesmo direito.[38]

A partir das lições de Canotilho e Vital Moreira, Ronnie Preuss Duarte assenta que o direito de acesso á justiça é uma emanação indissociável do Estado de direito. Não se pode falar, absolutamente, em Estado de democrático de direito sem que aos cidadãos seja garantida, em toda a sua plenitude, a possibilidade de, em igualdade de condições, socorrer-se dos tribunais para a tutela das respectivas posições jurídicas subjetivas. Cuida-se do direito geral de proteção jurídica, cujo asseguramento é dever inarredável do Estado em face dos cidadãos sendo, ainda, uma imposição do ideal democrático.[39]

Destaca-se, neste momento, após a expressão do princípio fundamental da ação, os meios constitucionais que viabilizam a sua efetivação.

Caio Tácito, ao analisar historicamente os *remédios constitucionais fundamentais à proteção* do cidadão – tendo em vista o princípio fundamental

---

[37].Direta ou indiretamente, conforme a instrumentalização do exercício de tal direito, feita pelas normas processuais ordinárias.

[38].NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 64.

[39] .In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora. 1993. p. 161. Apud DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça*. Coimbra: Coimbra Editora. 2007. pp. 88-89.

processual ora tratado –, traz um rico e estruturado elenco das formas judiciais de proteção do particular, diante da violação ou ameaça a direitos e liberdades por ato ou inércia da atividade estatal, quais sejam: "*habeas corpus*; mandado de segurança; ação popular; ação civil pública; ação expropriatória; executivos fiscais; *habeas data*; mandado de injunção (controle da ação administrativa de forma secundária); e as ações ordinárias cabíveis (por exemplo: demandas de responsabilização civil do Estado, anulatória de atos administrativos ilegais)".[40]

Assim exposto, acerca do princípio fundamental processual da inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional pelo Estado, bem como os seus essenciais reflexos para o próprio Estado e para a sociedade, no sentido de impor deveres próprios daquele que detém o Poder Constitucional de solução de litígios, ainda, na acepção de concessão de paz para o pleno desenvolvimento daqueles que conferiram tal Poder, destacam-se as seguintes lições de Caio Tácito.

"Não são as represas, mas as usinas, que geram a luz e calor, domesticando a serviço do homem a força irreversível das correntes. O direito tem como finalidade o desenvolvimento da civilização, conciliando a tendência à estabilidade, ou seja, à permanência das situações constituídas, com o sentido da evolução, ou da reforma das instituições, como o propósito de consumar a justiça distributiva. A ordem jurídica não exclui o progresso social. São antes noções que se complementam, integrando-se – como na legenda de nossa bandeira – como a suprema aspiração da justiça".[41]

Constitui instrumento primordial do direito para atingir tais finalidades, e para proteger o Estado Democrático de Direito, aquele que confere o poder-dever ao Judiciário de agir – prestar tutela jurisdicional – sempre e quando for questionado sobre uma determinada ameaça ou lesão a direito.

Dessa forma, determinado o eixo principal da ideia do controle estatal, o presente texto versará sobre a aplicação desta ideia de *efetivo, eficaz e eficiente controle para proteção do cidadão* no âmbito da atividade administrativa do Estado.

Faz-se importante a consolidação da base ideológica sobre o papel controlador dos partícipes do Estado para, assim, desenvolver uma análise a respeito

---

[40].Vide: TÁCITO, Caio. Controle judicial da Administração Pública. *RDP*, n. 91, p. 28-29.
[41].TÁCITO, Caio. *Direito...* cit., p. 366.

do instituto jurídico do controle da Administração Pública, com fins de conceder vias de acesso ao cidadão para que possa buscar o atendimento e proteção de seus direitos fundamentais. Assim, dissertar-se-á, de forma sequencial, sobre o controle da Administração Pública e, após, acerca do atual papel de sua atividade regulatória.

4 Restrições[42] indevidas[43] ao princípio fundamental da inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional pelo Estado

Apesar da clara disposição constitucional estampada no já frisado art. 5.º, XXXV, assim como a inexistência de dúvidas sobre a plena e imediata eficácia dos direitos fundamentais – notadamente pela expressão do § 1.º do art. 5.º da Carta Magna – o Estado nacional, por intermédio dos seus três Poderes (funções) constituídos, insiste em constranger a respectiva norma fundamental, quando e sempre que se observa a sua atuação voltada à restrição indevida do pleno acesso ao Judiciário, por conseguinte, à possibilidade de recepção de uma efetiva e adequada prestação da tutela jurisdicional estatal.

Esse fato ocorre sistematicamente nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nos momentos que limitam indevidamente a eficácia da norma em tela, do modo objetivamente demonstrado a seguir:

a) Poder Legislativo

Esta função do Estado, em diversas ocasiões, legisla sem a observância, ou sem o zelo (em uma visão mais otimista), da repercussão dos efeitos das normas que emanam. Ocorre quando, por exemplo, a lei ordinária – mesmo indiretamente, isto é, sem que exista um confronto imediato – traz alguma restrição indevida

---

[42].Para maior aprofundamento sobre as restrições aos direitos fundamentais, vide: NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

[43].Entende-se como "restrições indevidas", no presente estudo, aquelas limitações à aplicação da norma fundamental que quebram a ideia de harmonia desta como sistema jurídico. Isto é, será restrição indevida aquela desproporcional e não razoável, quando da limitação da aplicação de determinada norma fundamental, destarte, restrição normativa que traz prejuízo para o bem jurídico tutelado pela respectiva norma, sem o adequado abalizamento axiológico constitucional para tanto – conforme os exemplos que serão apresentados neste item.

(desproporcional, capaz de minar os efeitos axiológicos da norma) à plena eficácia de um direito fundamental.

Com o fito de apresentar, de forma exemplificativa, como o Legislativo restringe irregularmente a eficácia do princípio fundamental processual da inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional pelo Estado, cita-se a Lei 9.494, de 10.09.1997 – norma que restringe a aplicação de *tutelas antecipadas* contra a Fazenda Pública. Esta lei traz vários óbices inconstitucionais de acesso ao Judiciário pelo cidadão, bem como concede ao Estado verdadeiras *rotas de fuga* perante o essencial controle de suas atividades pelo Judiciário – fato inadmissível em nossa ordem jurídica.

Inegavelmente, cabe ao Legislativo apresentar os instrumentos hábeis para uma eficiente prestação da tutela jurisdicional pelo Estado, apresentação feita pelas normas contidas no Código de Processo Civil, que não deixam de ser limitações do acesso ao Judiciário.

Contudo, são – *de forma geral* – limitações que não geram efeitos inibidores inconstitucionais da eficácia de direitos fundamentais, mas sim, constituem alicerces mínimos de uma demanda judicial, essencialmente necessários para o cumprimento do dever estatal de prestar a efetiva tutela jurisdicional.

Entretanto, sempre e quando uma norma processual trouxer efeitos limitadores desproporcionais aos princípios fundamentais deverá ser relativizada para que o direito fundamental possa ser amplamente observado, como aquele garantidor do pleno acesso e da efetiva resposta do Judiciário. Isto porque, em última análise, trata-se de uma norma constitucional hierarquicamente superior às normas processuais comuns.

Como bem lembra Juarez Freitas: "A interpretação do direito positivo implica sempre a escolha fundamentada de um princípio que deve preponderar na sua relação com os demais, bem como em relação às regras e aos próprios valores: interpretar é hierarquizar, além de pré-compreender".[44]

No entanto, o que se observa – na prática – é a sugerida relativização de tais normas processuais destoantes dos direitos fundamentais tão só em casos

---

[44].FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 289.

extremos. O exemplo que se destaca, da incorreta limitação das *tutelas antecipadas* contra a Fazenda Pública, ocorre quando o bem tutelado é a vida (situações que envolvem valores mínimos de subsistência do cidadão reclamante).

Assim, não apenas desta maneira extrema, o entendimento demonstrado de relativização de normas processuais em face da plena eficácia de normas fundamentais deverá ser atendido, mas sim, a exceção deveria ser a *regra* na materialização do direito. Frise-se: *relativização*, não *exclusão*, pois tais normas processuais são, ainda, indevidamente válidas em nosso ordenamento jurídico, logo, devem ser superadas, não simplesmente eliminadas, pois, deste modo, viabiliza-se a real evolução do sistema.

Destarte, a atuação do Legislativo deve estar voltada ao máximo esforço estatal para que os efeitos de suas normas não tragam restrições desproporcionais – dessa forma, axiologicamente inconstitucionais – aos princípios fundamentais.

b) Poder Executivo

Na esteira das limitações e restrições indevidas ao princípio fundamental processual em destaque, a Função Executiva do Estado também atua, em determinadas ocasiões, de maneira furtiva ao controle jurisdicional. Isto ocorre, principalmente, no momento em que adota critérios técnico-científicos *desarrazoados* e desnecessários à estrita produção do ato, bem como à fiel observância de sua finalidade inevitável de atender ao interesse público.

Essa situação acontece muitas vezes nas hipóteses em que há determinada margem legal de atuação do agente administrativo (discricionariedade) e, nesta linha, existe um leque de opções de caminhos legais para prosseguir, o qual será escolhido de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, criando, assim, a problemática *névoa* para que o Judiciário atue de modo a controlar as ações do Executivo. A mencionada *névoa* não é negativa em sua essência, porém, pode sim ser utilizada sob uma forma irregular. Sucede tal fato quando a Administração evita o controle jurisdicional em virtude da inexistente (mas incessantemente alegada pelo Executivo) insindicabilidade do mérito do ato administrativo, assim como, pela incorreta crença de que o Judiciário não possui instrumentos hábeis para controlar

e questionar o caráter técnico dos atos administrativos.

Exemplo prático desse cenário desenhado é observado em algumas atividades das agências reguladoras federais, as quais, muitas vezes, sustentam que o *lento* e *não técnico* Judiciário é supostamente impedido de questionar e sindicar o campo de sua competência regulatória, sob o pretexto do preceito constitucional da convivência harmônica dos Poderes.

Entretanto, ao contrário dessa *simplista* afirmação do Executivo, existem sim meios eficazes de limitação do questionamento jurisdicional do aspecto subjetivo do ato normativo – sem desprezar o papel do Judiciário no sistema. Efetivamente, apenas quando o aspecto subjetivo do mérito administrativo for atingido e reformulado pelo Judiciário, sem uma fundamentação suficientemente consistente para demonstrar objetivamente o desrespeito deste ato a valores do direito, estar-se-á diante da ofensa ao princípio da tripartição dos Poderes.

Entretanto, este campo subjetivo torna-se muito estrito nos dias de hoje, em que instrumentos *objetivadores* do mérito do ato administrativo são plenamente conhecidos e já utilizados (mesmo que timidamente pelo Judiciário), tais como: critérios de *razoabilidade*; *proporcionalidade*; *moralidade*; *finalidade*; *motivação consistente*.

Isso é, toda vez que o aspecto técnico ou o mérito (conveniência e oportunidade) não estiverem de acordo com os instrumentos objetivadores do caráter subjetivo do ato normativo, encontrar-se-á uma restrição axiologicamente inconstitucional do princípio fundamental processual da inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional pelo Estado.

c) Poder Judiciário

Titular da incumbência de prestar a efetiva tutela jurisdicional a qual o Estado está obrigado, *protagonista* da garantia de que toda agressão ou ameaça a direitos possui abrigo corretivo – ou protetor ao lesionado – na Casa da Justiça, em nosso sistema, de igual forma traz restrições irregulares à plena eficácia do princípio fundamental ora tratado.

Basicamente, o Judiciário atua dessa forma questionável quando cobra valores incompatíveis com a realidade socioeconômica nacional para que o cidadão possa ingressar com demandas judiciais ou, até mesmo, possa recorrer das decisões externadas por este Poder até o alcance da final resposta perquirida. Os altos custos processuais, notadamente aqueles de determinação competente ao Judiciário, inibem, restringem o acesso do cidadão à sua tutela, criando uma barreira que apenas poucos abastados podem transpor.

Há também, aparentemente, uma indevida limitação ao princípio fundamental da efetiva e adequada prestação da tutela jurisdicional pelo Estado quando não atende aos mínimos procedimentos e tempo de maturação do processo que conforma a decisão final da lide apresentada ao Estado-Juiz.

Após a EC 45/2004, que acrescentou o inc. LXXVIII ao art. 5.º da Constituição, determinando que todos – no âmbito judicial e administrativo – detêm o direito de uma razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, a ideia da persecução do *processo* no menor tempo possível e da forma mais objetiva, foi legitimada constitucionalmente.

No entanto, vale ressaltar que a legitimação foi concedida ao dever do Estado em responder de forma adequada à questão posta, na qual se inclui a celeridade – sem perder a qualidade e zelo de atendimento aos demais valores fundamentais processuais (devido processo legal, ampla defesa e contraditório, juiz natural, entre outros) quando da concessão da resposta esperada pelo jurisdicionado.

Um exemplo dessa realidade é o exercício processual no âmbito dos Juizados Especiais. Determinadas vezes, nesta esfera judicial, a pretexto de condução e produção de uma justiça célere, o Judiciário desrespeita – considerando esta *rapidez* de atuação – o princípio fundamental em tela. Isto porque o Estado-juiz não atua conforme o tempo suficiente (nem rápido demais, tampouco lento em demasia) para o adequado atendimento à melhor resposta jurisdicional que alcance o valor do *justo* ao caso posto.

Nesta linha, ressalta-se o seguinte julgado do STF: "Conforme decidido pela 2.ª Turma desta Corte, no julgamento do AI 335.076-AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, *DJ* 07.02.2003, o fato de os juizados especiais cíveis e criminais atenderem aos princípios da celeridade e da economia processual não pode provocar o

desrespeito aos postulados da ampla defesa e do devido processo legal). No respectivo processo julgado, os recorrentes ficaram impedidos de produzir prova em audiência e de inquirir a testemunha arrolada, porque não foram intimados para esse ato processual de essencial para a apuração da verdade. O dano sofrido é inquestionável, pois o pedido deduzido pela recorrida foi julgado procedente".[45]

Tal como já mencionado nos itens anteriores, também existem normas administrativas emanadas pelo Poder Judiciário que trazem alguma limitação ao pleno e universal acesso à tutela jurisdicional pelo Estado, contudo, com auxílio dos instrumentos – também já narrados – de proporcionalidade e razoabilidade, observa-se que os efeitos de tais atos não trazem reflexos contundentes o suficiente para restringir a eficácia do respectivo princípio fundamental.

Nesses atos, incluem-se aqueles, por exemplo, disciplinadores do funcionamento de um Fórum,[46] tais como: o regramento de como deve funcionar uma *fila* de cartórios, padrões mínimos de vestimenta dos ingressantes do prédio público, proibição de conduta atentatória à moralidade, entre outros. Essas normas administrativas, aplicadas conforme padrões mínimos de razoabilidade e proporcionalidade, não agridem a ideia de acesso e efetiva resposta do Judiciário.

Ainda, apenas para frisar o quanto são tênues os limites da restrição irregular do princípio fundamental em destaque, traz-se o exemplo do horário do funcionamento de um Fórum. Logicamente que este horário deve ser compatível com as atividades ali realizadas (como audiências, atendimento de várias pessoas), contudo, existem casos de Fóruns que permanecem abertos apenas duas, três horas diárias, comprometendo, assim, o acesso e a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Entretanto, na direção do clamor da padronização razoável do horário do funcionamento da atividade jurisdicional estatal, o Conselho Nacional de Justiça, em maio de 2011, publicou a *Resolução 130*. Basicamente, tal resolução determinou que os órgãos jurisdicionais devam prestar atendimento ao público de segunda a sexta-feira, das 9h às 18h, no mínimo. O prazo para adequação às novas regras expirou no início do mês de julho do mesmo ano e sua efetividade ainda é questionada.

Conforme dispõe a própria Resolução, tal imposição normativa se determina,

---

[45].RE 260.776, rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 16.09.2005.
[46].Vale lembrar: de acordo com critérios de razoabilidade e proporcionalidade já citados no texto.

além dos argumentos já elencados anteriormente, em razão da necessidade de: i) padronização mínima de funcionamento do sistema judicial nacional; ii) afastamento do concreto prejuízo do jurisdicionado, considerando a heterogeneidade de horários de funcionamento dos órgãos jurisdicionais, inclusive quanto aos dias específicos de funcionamento, pois há real confusão de informações e adaptação ao seu cotidiano; iii) determinar horários de funcionamento da atividade jurisdicional minimamente compatível com os costumes e demandas locais, a partir de um padrão nacional.

Observa-se, então, um real avanço no afastamento dessa restrição indevida, aplicada pelo Estado-Juiz, ao direito ao amplo acesso à tutela jurisdicional, constitucionalmente garantido a cada cidadão. Não obstante, além da determinação do CNJ, faz-se necessária a constante vigilância da aplicação da norma para, assim, manter o sentido do desenvolvimento esperado do sistema e, consequentemente, a permanente desobstrução das vias de promoção do jurisdicionado.

Conclusões

Obviamente, não se pode considerar que o princípio fundamental da inafastabilidade da prestação jurisdicional como uma dicção normativa absoluta. Isso é, tal princípio fundamental precisa ser lido a partir de uma perspectiva sistemática à ordem constitucional e legal estabelecida.

Tal fato implica em um esforço interpretativo dos operadores do Direito para que façam valer a adequada prestação da tutela judicial de forma concreta, bem como com vistas à efetividade de sua função principal como objetivo sempre presente, qual seja, o direito fundamental de ação (acesso ao judiciário).

Eventuais discursos vazios e divorciados do núcleo essencial do referido princípio fundamental, na mesma esteira do mencionado desiderato de sua efetividade prática, não só resultam em repercussões – diretas e indiretas – negativas, como, de forma geral, causa retrocessos insustentáveis para o sistema estatal como um todo.

Desse modo, promover, proteger e viabilizar a superação de eventuais entraves desproporcionais e, consequentemente, inconstitucionais do princípio

fundamental da adequada prestação da tutela judicial pelo Estado é dever de todos e de cada um, pois a responsabilidade de impulsionar a máquina estatal para que o desenvolvimento intersubjetivo do partícipes do Estado ocorra, também é dever fundamental dos cidadãos, na condição, inclusive, do sistema constitucional que sustenta o vigente Estado Democrático de Direito nacional.

Bibliografia

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios gerais de direito administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1, p. 12-13).

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. História da filosofia do direito. Trad. Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOROWSKI, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. Trad. Carlos Bernal Pulido. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Coimbra: Coimbra Editora. 1993.

CINTRA, Antônio C. A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DUARTE, Ronnie Preuss. Garantia de acesso à justiça. Coimbra: Coimbra Editora. 2007.

FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. 3. ed. Civitas: Madrid, 2001.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da filosofia do direito. Trad: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 31.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. 3. ed. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 5. ed. São Paulo: RT, 2006

MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Revista da Escola Nacional da Magistratura, Associação dos Magistrados Brasileiros, v. 1, 2006.

NERY JR., Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, v. 1, n. 1, p. 11, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 10 jun. 2023.

TÁCITO, Caio. Controle judicial da Administração Pública. RDP, n. 91, 1990.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: teoria geral de direito processual civil e processo de conhecimento. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1,

VOLTAIRE. O preço da justiça. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

26. BREVES CONTORNOS ACERCA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

BRIEF OUTLINES OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE PROTECTION OF PERSONAL DATA

 https://doi.org/10.36592/9786554600668-26

> *Ainda que em matéria de direitos fundamentais seja sempre preferível pecar pelo excesso do que pela timidez ou omissão na busca de sua efetivação, não se poderá ter a ilusão de que os direitos fundamentais (notadamente na sua previsão meramente formal em tratados internacionais e nas Constituições em geral) resida na panaceia de todos os males da humanidade.*
>
> *Ingo Wolfgang Sarlet*

Regina Linden Ruaro[1]

Fernanda Linden Ruaro Peringer[2]

[1] Professora Titular da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir) na PUCRS. Advogada e Consultora Jurídica. Sócia Fundadora do Escritório Regina Ruaro Advogados Associados. Procuradora Federal/AGU aposentada. Doutora em Direito pela Universidad Complutense de Madrid com título revalidado pela UFRGS e Pós-Doutora pela Universidad San Pablo - CEU de Madri/Espanha, Estágio Pós-doutoral na Universidade San Pablo - Ceu de Madri. Compõe o Grupo Internacional de Pesquisa "Protección de Datos, Transparencia y Acceso a la Información". Coordenadora no Brasil pela PUCRS/PPGD/PUCRS no Projeto "Identidad Digital, Derechos Fundamentales y Neuroderechos" - Espanha. Professora convidada do Máster en Protección de Datos, Transparencia y Acceso a la Información da Universidad San Pablo de Madrid-CEU/ Espanha. Decana Associada da Escola de Direito (2018/2021). Membro do Comitê Gestor do Biobanco da PUCRS. Membro Honorário do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado - IEDE. Lidera o Grupo de Pesquisa cadastrado no CNPq: "Proteção de Dados Pessoais e Direito Fundamental de Acesso à Informação no Estado Democrático de Direito", na linha de Direito, Ciência, Tecnologia e Inovação.

[2] Doutoranda e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada e Consultora Jurídica. Professora de Direito. Sócia do Escritório Regina Ruaro Advogados Associados. Pesquisadora na área de Direito, Ciência, Tecnologia & Inovação (PUCRS). Integrante do Grupo de Estudos Pesquisa, Empresa e Desenvolvimento Econômico e Social na PUCRS. Integrante do Grupo de Pesquisa Proteção de Dados Pessoais na PUCRS. Especialista em Direito Público pela PUCRS. Graduada pela Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Ênfase na área de Direito Digital e Proteção de Dados Pessoais, Direito Empresarial, Civil e Administrativo. Membro da Comissão Especial de Proteção de Dados Pessoais da OAB/RS. Integrante do Grupo do PPGD/Escola de Direito/PUCRS no Projeto Hangar (criação *startup* jurídica).

RESUMO

O presente ensaio tem como finalidade tecer algumas considerações acerca da construção de uma dogmática jurídica do direito fundamental à proteção de dados no Brasil a partir da sua sedimentação na União Europeia que teve forte influência para nosso ordenamento jurídico. Tece inicialmente, breves considerações acerca do desenvolvimento do direito à privacidade, seu surgimento, a importante decisão do Tribunal Constitucional Alemão na construção do direito estudado do para posteriormente debater o tema.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Privacidade. Autodeterminação Informativa. Proteção de Dados Pessoais.

ABSTRACT

This essay aims to make some considerations about the construction of a legal dogma of the fundamental right to data protection in Brazil from its sedimentation in the European Union that had a strong influence on our legal system. Initially, it makes brief considerations about the development of the right to privacy, its emergence, the important decision of the German Constitutional Court in the construction of the studied right to later debate the theme.

Keywords: Fundamental Rigths. Privacy. Informational Self-Determination. Protection of Personal Data.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

Antes de adentrar no tema objeto deste ensaio, entendemos ser muito importante manifestar a honra em poder prestar essa homenagem ao Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet pela passagem de seu aniversário de 60 anos de idade. Ingo é, sem sombra de dúvidas, um dos maiores constitucionalistas de nossa era. Sua vasta obra

é reconhecida tanto no âmbito nacional, quanto internacionalmente e sua contribuição para a ciência do Direito, bem como para a construção doutrinária dos direitos fundamentais perpassará o tempo porque esse estudioso está sempre à frente de seu tempo.

Por outro lado, é imperioso louvar essa pessoa humana, assim como a sua competência na Coordenação do PPGD da PUCRS e seu esforço para incentivar e oportunizar que todos os docentes e discentes possam produzir e crescer na academia de forma igualitária. Não me resta senão agradecer o convite que me foi formulado pelos organizadores da obra.

Nesse passo, o presente ensaio, que não tem a pretensão de esgotar o tema, partirá do ponto nodal de que o desenvolvimento do reconhecimento de um direito à proteção de dados pessoais está, em boa parte, ligado ao desenvolvimento da tecnologia e ao aumento da coleta e processamento de informações pessoais.

Ao longo das últimas décadas, a quantidade de dados pessoais tratados em diferentes contextos como, por exemplo, em transações comerciais e ainda para execução de políticas públicas, têm aumentado exponencialmente.

A necessidade de proteção aos dados pessoais surgiu como resposta aos riscos e preocupações relacionadas à privacidade e à segurança das informações pessoais. Isto porque com o avanço das tecnologias da informação e comunicação, e as perspectivas de sistemas de inteligência artificial de coleta e análise de dados, os cidadãos passaram a ter suas informações pessoais expostas, sendo utilizadas sem o seu conhecimento ou consentimento, causando preocupações legítimas sobre o seu uso indevido e abusivo desses dados.

A proteção de dados também tem sido impulsionada por preocupações crescentes no uso indevido de informações pessoais para fins de vigilância em massa, espionagem cibernética, crime cibernético, estabelecimento de perfis e manipulação política, dentre outras. A conscientização sobre essas questões aumentou significativamente, levando a uma demanda por regulamentações mais fortes e pela proteção dos direitos individuais no âmbito digital.

Além disso, pode-se afirmar que o direito à proteção de dados pessoais emergiu como uma resposta às preocupações crescentes sobre a privacidade e segurança das informações pessoais em um mundo cada vez mais conectado e

orientado por dados. As leis de proteção de dados têm como objetivo estabelecer um conjunto de direitos e responsabilidades para àqueles que coletam tais dados, bem como para garantir que os indivíduos tenham controle sobre as suas informações pessoais e que elas sejam tratadas de forma adequada e segura.

Desta forma, o presente ensaio está ancorado na linha de pesquisa Direito, Ciência, Tecnologia & Inovação e no Projeto de Pesquisa, Proteção de Dados Pessoais e Acesso à Informação no Estado Democrático de Direito, do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS.

2. A PRIVACIDADE COMO GÊNESE DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Há um consenso de que a raiz da discussão acerca de um direito à proteção de dados pessoais tem sua semente no artigo de Samuel Warren e Louis D. Brandeis, "*The Right to Privacy*". Argumenta-se que esse artigo lançou a ideia de um direito básico à proteção da pessoa, porquanto apontou a existência de um direito de se estar só, ou seja, um direito à privacidade.

Para Danilo Doneda "um dos tópicos mais importantes e que garantem o interesse até hoje no artigo de Warren e Brandeis de 1890 é a constatação do vínculo da tutela da privacidade ao progresso tecnológico"[3]. Nesse aspecto, tem-se que, cabe ao indivíduo decidir sobre o quê informar a seu próprio respeito.

Nesse sentido, cabe recordar a célebre decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha ao julgar a Lei do Censo, em 1983, apontando um direito *à autodeterminação informativa*. A concepção é a de que cada indivíduo necessita de um "espaço interno" essencial para o desenvolvimento livre de sua personalidade. Nesse espaço, a pessoa é capaz de exercer domínio e controle sobre si mesmo, sem estar sujeita a influências externas indesejadas. É um lugar de refúgio, onde se pode encontrar paz e desfrutar do direito de estar consigo mesmo, em solidão. Preservar essa autonomia pessoal é essencial para o bem-estar psicológico e emocional, pois,

---

[3] DONEDA, Danilo. Panorama Histórico da Proteção de Dados Pessoais. In: **Tratado de Proteção de Dados Pessoais.** 2021. p.6.

além disso, o direito de estar só e em paz consigo mesmo é fundamental para o livre desenvolvimento da personalidade humana.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha seguiu empregando, posteriormente, o princípio da autodeterminação informativa como elemento específico no que diz respeito ao direito geral de personalidade. Esse conceito jurídico foi aplicado de diversas formas pela corte alemã. Em grande parte dos casos, invocado no sentido de que o indivíduo tem o poder de escolher como deseja ser representado ou recebido por terceiros ou pelo público em geral. Essa autodeterminação abrange o direito à própria imagem, o controle sobre aquilo que é dito em seu nome, bem como a possibilidade de decidir sobre a sua própria representação perante os outros.

O direito à autodeterminação informativa não é absoluto, outros interesses devem ser equilibrados com este direito. Partes importantes da decisão formulada pelo do Tribunal baseiam-se em ideias da teoria dos sistemas sociológicos, em particular os trabalhos de Niklas Luhmann[4]. O direito à autodeterminação da informação, tal como estabelecido influenciou muito a legislação de proteção de dados em muitos países europeus, colocando o indivíduo em posição de determinar como ele participaria da sociedade. O que se pode dizer, no entanto, é que, devido ao direito à autodeterminação da informação, o conceito de consentimento ganhou importância. A razão para isso pode ser encontrada no fato de que o consentimento é uma forma, se não a mais importante, de controlar seus próprios dados pessoais. O consentimento, na perspectiva de inúmeros autores pode ser visto como a "expressão genuína do direito à autodeterminação informativa"[5].

A relação do direito à autodeterminação informativa com o princípio da dignidade da pessoa humana é, portanto, em certo sentido, dúplice, pois se manifesta, tanto pela sua vinculação com a noção de autonomia, quanto com a do

---

[4] Grundrechte als Institution: **ein Beitrag zur politischen Soziologie**. Vol. 24; de Schriften zum öffentlichen Recht, Duncker & Humblot, 1965.

[5] Friedewald, Michael; Lamla, Jörn; Roßnagel, Alexander. Informationelle Selbstbestimmung im digitalen Wandel. Springer-Verlag, 2017. Na literatura brasileira, cf., Bioni, Bruno R. Autodeterminação informacional: **paradigmas inconclusos entre a tutela dos direitos da personalidade, a regulação dos bancos de dados eletrônicos e a arquitetura da internet**. 2016. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

livre desenvolvimento da personalidade e de direitos especiais de personalidade conexos, de tal sorte que a proteção dos dados pessoais envolve também a salvaguarda da possibilidade concreta de tal desenvolvimento, para o qual a garantia de uma esfera privada e íntima é indispensável. Conforme Ingo Sarlet:

> A relação do direito à autodeterminação informativa com o princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, é, em certo sentido, dúplice, pois se manifesta, tanto pela sua vinculação com a noção de autonomia, quanto com a do livre desenvolvimento da personalidade e de direitos especiais de personalidade conexos, de tal sorte que a proteção dos dados pessoais envolve também a salvaguarda da possibilidade concreta de tal desenvolvimento, para o qual a garantia de uma esfera privada e íntima é indispensável.[6]

Com o avanço do desenvolvimento do direito à privacidade como um direito fundamental, torna-se evidente que a necessidade de sua funcionalização ocorra em diversas esferas. Esse aprimoramento encontra fundamentação sólida na experiência doutrinária, legislativa e jurisprudencial, acumulada ao longo do tempo podendo-se verificar na experiência da União Europeia.

O direito à privacidade evoluiu em diferentes contextos e situações, de modo a atender às demandas e desafios da sociedade contemporânea. Ademais, conforme avança a tecnologia e as novas formas de interação e comunicação surgem, as questões relacionadas à privacidade também evoluem. Isso exige uma abordagem flexível e dinâmica para garantir que esse direito seja efetivamente protegido em todas as suas dimensões.

Através da experiência doutrinária, acadêmicos e especialistas analisaram a evolução da privacidade como um conceito jurídico e suas psicologias nas relações sociais e no Estado de Direito. A partir dessas considerações, conceitos como a

---

[6] SARLET, Ingo W. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na constituição federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. **Revista de Direitos Fundamentais & Justiça |** Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020. p. 190.

privacidade informacional, privacidade na era digital e privacidade no contexto de dados pessoais têm sido usados e utilizados para abordar desafios específicos.

A legislação também desempenha um papel crucial nesse aperfeiçoamento, onde os órgãos legislativos buscam atualizar e criar leis que atendam às necessidades da sociedade. Um exemplo importante consta no artigo 7º, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que trata do direito à privacidade e o respeito à vida familiar, separando-o do direito à proteção de dados pessoais presente no artigo 8º, traçando contornos e fundamentos específicos.

Embora o direito à proteção de dados pessoais tenha suas raízes na perspectiva da proteção da privacidade, referido direito é autônomo com um escopo de proteção distinto. Isto porque a privacidade tradicionalmente se refere à esfera de não intervenção do Estado e de outros na vida privada de particulares, enquanto o direito à proteção de dados vai além disso, ou seja, abrange todas as informações pessoais de um indivíduo.

Importante referir que antes da era do Big Data, as violações de privacidade costumavam ocorrer principalmente por meio da divulgação não autorizada de informações pessoais, como notícias ou fotos na imprensa. No entanto, com o avanço da tecnologia e o crescente volume de dados gerados e coletados digitalmente, a proteção agora é mais comumente associada ao uso indevido e à exploração de dados pessoais.

Nesse sentido, tal concepção vem bem demonstrada nos ensinamentos de Danilo Doneda para quem:

> As demandas que agora moldam o perfil da privacidade são de outra ordem, relacionadas à informação pessoal e condicionadas pela tecnologia. A exposição indesejada de uma pessoa aos olhos alheios se dá hoje com maior frequência através da divulgação de seus dados pessoais do que pela intrusão em sua habitação, pela divulgação de notícias a seu respeito na imprensa, pela violação de sua correspondência – enfim, pelos meios outrora "clássicos" de violação da privacidade.[7]

[7] DONEDA, Danilo**. Da privacidade à proteção de dados pessoais.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

Percebe-se que a nova compreensão da necessidade de proteção da privacidade evoluiu para incorporar a proteção de dados pessoais, mas também outros aspectos relacionados à personalidade e às liberdades fundamentais. É notório que com o avanço das tecnologias e com o incremento do tratamento de dados pessoais por Inteligências Artificiais, houve um incremento dos riscos à liberdade, à dignidade, ao direito geral de personalidade, à autodeterminação informativa.

Atualmente, existem bancos de dados pessoais que contém registros das mais diversas ordens como, por exemplo, dados de saúde, de convicções políticas e ideológicas, dados genéticos, considerados estes pela LGPD como dados sensíveis, bem como outros tipos de dados. Tais dados tornaram-se *commodities* e em um modelo de negócio que se desenvolve através da sua comercialização. no entanto, não se pode esquecer que o tratamento de dados pessoais quando realizado de forma adequada atua em benefício do titular, dos governos e das empresas.

Uma certeza temos: já não se concebe uma sociedade analógica, comprovando-se só com um passar de olhos que os avanços da tecnologia têm possibilitado aos seres humanos descobertas em todos as áreas, citando-se a que nos é mais cara, qual seja, a área da saúde. Além disso, a internet cumpre também um papel fundamental, pois propicia uma maior rapidez na comunicação e na informação. Entretanto, como afirma José Luiz Piñar Mañas:

> Os atuais avanços tecnológicos trazem consigo inquestionáveis ganhos e benefícios para toda a sociedade. Porém, em contrapartida, também implicam em grandes riscos para os direitos fundamentais e para a proteção de dados pessoais. O acesso à internet tornou-se, nos dias de hoje, um direito fundamental a liberdade de expressão e informação. A vida sem internet não seria mais possível. [8]

Assim, nessa primeira parte buscou-se contextualizar brevemente os contornos e as mutações do direito à privacidade. Referida contextualização foi o

---

[8] Reglamento General de Protección de Datos: **hacia un nuevo modelo europeo de privacidade**. Madrid: Editoral Reus, 2016. p. 61.

ponto inicial para a compreensão e construção do direito à proteção de dados pessoais que será abordado no próximo tópico, bem como para estudar o surgimento do direito fundamental à proteção de dados pessoais no Brasil.

3. A IMPORTÂNCIA DE UM DIREITO AUTÔNOMO DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E DA VIGILÂNCIA

Vivemos hoje a chamada sociedade de vigilância que envolve uma ampla monitorização das atividades e comportamentos dos cidadãos tanto por governos, quanto por empresas, por meio de dispositivos e tecnologias digitais.

No final do século XX, emergiu uma nova economia com características distintas, marcadas por ser informacional, global e em rede. Essa mudança paradigmática evidencia a razão pela qual os dados se tornaram a matéria-prima essencial dessa nova economia[9] Nesse cenário contemporâneo, onde as fronteiras e barreiras se dissipam, as informações fluem livremente pela rede e os limites de acesso e finalidade de uso de dados residem em uma zona cinzenta constante.

Essa economia informacional, global e em rede é impulsionada pelo amplo uso da tecnologia da informação e comunicação, que permite a rápida disseminação de dados e a interconexão de pessoas e organizações em escala global. A coleta, análise e exploração dos dados se tornaram fundamentais para a tomada de decisões estratégicas, a personalização de produtos e serviços e até mesmo a criação de novos modelos de negócios.

Se inicialmente tratou-se de ancorar a proteção dos dados pessoais no direito à privacidade, o que se poderia supor a desnecessidade de previsão de um direito autônomo. No entanto, a privacidade como entendida inicialmente, já não deu mais conta de absorver as modificações sociais e as relações estabelecidas a partir do progresso e avanço desenfreado das tecnologias de comunicação e informação. Esse avanço impulsionou a facilitação de um Estado superinformado e controlador a partir do uso massivo de dados coletados, armazenados, ou seja, tratados de forma

---

[9] CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 19 ed. rev. atualizada. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Paz e Terra, 2018, p. 553.

ampla com base nas "políticas públicas" que por vezes não se pode saber quais são com clareza.

Desde sempre as atividades do Estado foram baseadas na vigilância sendo esta um elemento fundamental para o seu desenvolvimento e, muito embora a coleta de informações e o monitoramento tenham sido uma prática ao longo da história, o desenvolvimento da tecnologia digital nas últimas décadas revolucionou a maneira como a sociedade pode ser vigiada. Os recursos de coleta, armazenamento e processamento de dados cresceram exponencialmente, permitindo que vastas quantidades de informações fossem reunidas e tratadas proporcionando, inclusive, uma perfilização individual e coletiva.

As justificativas para a vigilância podem variar, incluindo razões de segurança pública, prevenção de crimes, combate ao terrorismo, fins administrativos ou até mesmo aprimoramento da experiência do consumidor em alguns contextos comerciais.

Nesse aspecto, enfatiza Danilo Doneda que:

> "Em relação ao controle, basta acenar às várias formas de controle social que podem ser desempenhadas pelo Estado e que seriam potencializadas com maior disponibilidade de informações sobre os cidadãos, aumentando seu poder sobre os indivíduos – não é por outro motivo que um forte controle da informação é característica de regimes totalitários."[10]

De forma tardia, no direito brasileiro, a proteção de dados pessoais foi reconhecida expressamente, como um direito autônomo, independente do direito à privacidade em 2018, com a Lei nº 13.709/2018, comumente conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD. No entanto, isso não significa que até então o direito à privacidade esteve ausente de tutela jurídica, uma vez que através de diversas normas já se podia invocar a proteção de dados, inclusive a partir da Constituição Federal de 1988, como é o caso do direito à intimidade e vida privada

[10] DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.p. 34.

(art. 5º, inciso X), a inviolabilidade das comunicações (art. 5º, inciso XII) e a proteção ao consumidor (art. 5º, inciso XXXII) todos da Constituição Federal.

Ademais, referida proteção pode ser encontrada também no Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), que trata dos bancos de dados nas relações de consumo, na Lei nº 9.296/96 e na Lei nº 10.217/01, que tratam da interceptação telefônica e da gravação ambiental, bem como na Lei Complementar n.º 105/01, que permite às autoridades administrativas a quebra do sigilo bancário, em certas situações, sem autorização judicial.[11]

Para além dos institutos antes referidos é evidente que o direito à proteção de dados pessoais, por se tratar de um direito de personalidade, tem na sua base o princípio da dignidade da pessoa humana, por conseguinte, mesmo que sem norma expressa. Isto porque desde a Constituição Federal de 1988 já se pode, em uma interpretação sistemática, afirmar sua existência.

Como nota importante e fixando o conteúdo concreto e legitimador da existência, ainda que não expressa da proteção de dados pessoais, o princípio da dignidade da pessoa humana integra, no sistema jurídico brasileiro, sua estrutura e sua correspondência com os direitos fundamentais como, por exemplo os direitos à liberdade, à intimidade, à privacidade e à proteção de dados pessoais.[12] Sobre o tema, são de extrema importância os ensinamentos de Ingo Sarlet quando mesmo, ao tratar da amplitude dos direitos fundamentais aponta que àqueles não compõem um sistema fechado na Constituição Federal afirmando que:

> "...cumpre referir que o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo art. 5º, §2º, da CF aponta para a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, bem assim para a previsão expressa da possiblidade

---

11 LIMBERGER, Têmis. Proteção dos dados pessoais e o comércio eletrônico: os desafios do século XXI. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 67, p. 215-242, 2008.

12 SARLET, Ingo Wolfgang. **O princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

> de se reconhecer direitos fundamentais não escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime dos princípios da Constituição" [13]

Desse modo, tendo-se como premissa que a construção dogmática do direito à proteção de dados pessoais no Brasil está fundada, em boa parte, no princípio da dignidade da pessoa humana, não se pode deixar de referir o autor Ingo Sarlet, na medida em que vem contribuindo com seus conhecimentos para uma melhor compreensão acerca de seu conceito, em justa medida a fim de evitar-se sua invocação de forma generalizada. De tal modo, referido autor ensina que:

> [...] por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres que integram a rede da vida."[14]

Depreende-se a partir do conceito do autor que a dignidade da pessoa humana trata de "propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência", pois ressalta a importância de criar condições que se envolvam de forma ativa e responsável na condução de suas vidas, bem como no direcionamento de seu futuro. Essa abordagem, nos parece, que enfatiza a importância do poder individual que as pessoas têm para dispor de seus próprios dados pessoais como elemento necessário ao livre desenvolvimento da personalidade de cada um.

Nesse passo, José Gomes Canotilho, descreve a noção nuclear da dignidade da pessoa humana como sendo o "indivíduo conformador de si próprio e da sua vida

---

[13] SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 72.
[14] SARLET. Ibid, 12 ed., p. 70.

segundo o seu próprio projecto espiritual (plastes et fictor)"[15]. Logo, cumpre relembrar que o direito à proteção de dados pessoais tem bases jurídicas e uma *base dorsal* calcada em princípios.

Neste sentido, para Ingo Sarlet o direito à proteção de dados pessoais abarca as seguintes posições jurídicas:

> "a) o direito de acesso e conhecimento dos dados pessoais existentes em registros (bancos de dados) públicos e privados; b) direito ao não conhecimento, tratamento e utilização e difusão de determinados dados pessoais pelo Estado ou por terceiros, aqui incluído um direito de sigilo quanto aos dados pessoais; c) direito ao conhecimento da identidade dos responsáveis pela coleta, armazenamento, tratamento e utilização dos dados; d) o direito ao conhecimento da finalidade da coleta e eventual utilização dos dados; e) direito a retificação e, a depender do caso, de exclusão de dados pessoais armazenados em banco de dados."[16]

Já a espinha dorsal da proteção de dados pessoais, é, basicamente, formada por cinco princípios, a saber:

> a) princípio da publicidade: a existência de banco de dados deve ser de conhecimento do público; b) princípio da exatidão: as informações devem ser fiéis à realidade e deve haver a possibilidade de atualizá-las periodicamente; c) princípio da finalidade: utilizar os dados para fins determinados - o qual deve ser comunicado ao titular antes da coleta; d) princípio do livre acesso: o interessado deve poder ter acesso aos ficheiros que contêm seus dados, além de poder controlá-los – de acordo com o princípio da exatidão; e) princípio da segurança física e lógica: os dados devem ser protegidos contra extravios, destruições, modificações, transmissões ou acessos não autorizados[17].

---

[15] CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003. p. 225.
[16] MARINONII, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 434/435.
[17] DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 100-101, jul./dez. 2011.

No Brasil, o direito à proteção de dados pessoais foi concretizado em 2018 com a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). No contexto da LGPD e dos debates sobre a proteção de dados no país, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal teve um papel importante e atual especialmente com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n.º 6387.

Sobre o tema, importante destacar que em, 17 de abril de 2020, a Ministra Rosa Weber, proferiu decisão monocrática concedendo uma medida liminar que suspendeu a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020. Tal MP previa o compartilhamento de dados de usuários dos serviços de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), calcada na justificativa de que tais dados seriam utilizados para a produção de estatística oficial durante a pandemia do coronavírus.

A Ministra Relatora, Rosa Weber, se posicionou da seguinte maneira:

> Tais informações, relacionadas à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, configuram dados pessoais e integram, nessa medida, o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII). Sua manipulação e tratamento, desse modo, hão de observar, sob pena de lesão a esses direitos, os limites delineados pela proteção constitucional. Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais.[18]

Já em 7 de maio de 2020, o Plenário do STF, confirmou a decisão da Ministra Rosa Weber mantendo a suspensão da eficácia da MP nº 954/2020. Essa decisão teve como consequência a sinalização do STF sobre a importância da proteção de dados pessoais como um direito fundamental, reforçando que mesmo em situações excepcionais, como durante a pandemia de coronavírus, o compartilhamento de

[18] BRASIL. Planalto. **Medida Provisória nº 954/2020**. http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629. Acesso em: 31 jul de 2023.

informações sensíveis deve ser tratado com cautela e dentro dos limites da legalidade e da preservação dos direitos dos cidadãos.

Com a consolidação de tal posição, o STF demonstrou o comprometimento em resguardar o direito à privacidade e à proteção dos dados pessoais dos indivíduos, especialmente num cenário em que a tecnologia e a coleta de dados têm se intensificado. Ademais, a decisão terá o potencial de influenciar o entendimento e a interpretação nos tribunais nacionais de casos futuros relacionados à proteção de dados no país.

A matéria foi superada com a aprovação da Emenda Constitucional n.º 115/2022, que inseriu no artigo 5º, o inciso LXXIX, da Constituição Federal de 1988, o direito fundamental à proteção dos dados pessoais declarando que esse novo status, lhe confere um regime jurídico protetivo o que, por si só, restou reforçado pela própria Constituição Federal.

Importante referir que a Constituição Federal definiu os direitos fundamentais como cláusulas pétreas ao não permitir que tais direitos sejam objeto de deliberação de proposta de EC, tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, da CF), que consistem em limitação material à reforma constitucional. Dessa forma, o rol dos direitos fundamentais, que é aberto em razão da existência de direitos fundamentais implícitos, e da cláusula de abertura material constante no art. 5º, §2º, da CF, só deve evoluir, vedando-se o retrocesso.

Nesse passo, em que pese a importância e relevância para compreensão do tema, impõe-se uma breve consideração acerca de tal temática como forma de complementar o presente estudo.

Desse modo, destaca-se inicialmente que o tema em debate tem sido objeto de discussões doutrinárias e jurisprudenciais desde meados do século passado com surgimento e desenvolvimento na sociedade alemã, sob a denominação de Drittwirkung der Grundrechte, especialmente, a partir de decisões promulgadas pelos tribunais alemães [19]. Ademais, o surgimento da expressão Drittwirkung der

---

[19] MARTINS, Thiago Penido. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2803.pdf Acesso em 30 jun de 2020.

Grundrechte (eficácia frente a terceiros dos direitos fundamentais) teve forte influência de Hans Carl Nipperdey em trabalho doutrinário publicado em 1954 ("Die Würde des Menschen")[20].

Cumpre anotar que diversas expressões são empregadas para designar os direitos fundamentais como, por exemplo, "direitos naturais", "direitos humanos", "direitos humanos fundamentais", "direitos do homem", "direitos individuais", "direitos públicos subjetivos", "liberdades fundamentais", "liberdades públicas" e "direitos fundamentais do homem"[21]. Não é, portanto, ao acaso, que a doutrina tem ressalvado pela heterogeneidade, ambiguidade, bem como pela ausência de um consenso sobre o conceito e a terminologia de tais direitos, inclusive no que diz respeito ao significado e conteúdo de cada termo empregado[22].

Na visão de Ingo Wolfgang Sarlet[23] a expressão mais correta a ser empregada é a de "direitos fundamentais". O autor assegura que apesar das distintas terminologias empregadas, bem como do fato das expressões "direitos humanos" e "direitos fundamentais" serem certamente as mais utilizadas, a expressão "direitos fundamentais" é a que mais se encaixa com a definição na nossa Constituição Federal sendo tal expressão a mais adotada pelo constituinte brasileiro.

No que diz respeito ainda sobre o uso da expressão "direitos fundamentais" importante destacar que o constituinte brasileiro se inspirou, principalmente, na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976[24]. Contudo, ao contrário da Constituição Portuguesa que consagrou expressamente uma vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, a atual Constituição Brasileira não previu o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, § 1º), como ocorreu, na Constituição

---

[20] NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 43.

[21] DE SOUZA, Klauss Correa. Direitos fundamentais: **uma breve visão panorâmica**. Disponível em https://www.recantodasletras.com.br/teorialiteraria/1861690. Acesso em: 30 jun de 2020.

[22] SARLET, Ingo Wolfgang: A Eficácia dos Direitos Fundamentais: **Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 13. ed, rev. e atual., Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2018, p. 27.

[23] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 248.

[24] SARLET, 2018, op. cit., p. 28.

da Alemanha, em seu artigo, 1º, inciso III, bem como nas vigentes Constituições da Rússia (1993), da Suíça (1998), da Grécia, da Espanha e na própria Constituição Portuguesa, acima referida[25].

Nesse contexto, a perspectiva histórica dos direitos fundamentais assumiu importância não apenas como mecanismo hermenêutico, mas, sobretudo, pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado Constitucional cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem[26].

No que compete ao Brasil, os direitos fundamentais encontram-se positivados no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, podendo, ainda, ser encontrada ao longo de toda a normativa razão pelo qual, como bem defende Ingo Sarlet a aplicabilidade de referidos direitos no nosso ordenamento jurídico brasileiro se dá de forma imediata.

Claus-Wilhelm Canaris[27] sustenta uma eficácia em geral indireta com relação aos deveres de proteção Estatal, ou seja, admitir-se-á intervenção do Estado nas relações privadas quando for para proteger direitos relacionados à dignidade da pessoa humana. Além disso, para Ingo Sarlet:

> A parte da teoria dos direitos fundamentais que trata da eficácia nas relações entre particulares vem se tornando objeto de boa produção doutrinária no Brasil hodierno. A temática é tratada por influência imediata de autores constitucionais e privatistas como Mota Pinto (2007), Canaris (2003), Andrade (1987) Canotilho (2003) e Sarlet (2000). O que tais autores advogam é que os direitos fundamentais não deveriam ser considerados como estranhos às relações entre particulares[28].

---

[25] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: **A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 120.
[26] SARLET, 2018, op. cit., p. 36.
[27] CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado.** Coimbra: Almedina, 2003. Grundrechte und Privatrecht – eine zwischenbilanz. De Gruyter, 1999, p. 51.
[28]SARLET, 2018, op. cit., pp. 85-108.

Como visto, os direitos fundamentais possuem aplicação imediata (5º, §1º, da CF). Tal aplicação deriva de norma principiológica, "uma espécie de mandado de otimização (ou maximização)", que estabelece "aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais"[29]. O alcance da norma contida no art. 5º, §1º, da CF, no sentido de se aplicar mais ou menos a imediatividade, variará de acordo com o caso concreto, a depender do direito fundamental em discussão. Contudo, a aplicabilidade imediata alcança todos os direitos fundamentais, vinculando os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que devem, na medida das possibilidades apresentadas pelo caso concreto, dar a máxima aplicabilidade possível àqueles.

Além disso, a teoria da eficácia imediata ou direta, como o próprio nome diz, defende a vinculação direta dos atos praticados pelos particulares aos direitos fundamentais. Referida teoria surgiu na Alemanha, na década de 1950, através do jurista Hans Carl Nipperdey[30] sendo, posteriormente, adotada e aprimorada pelo também alemão Walter Leisner.

Para María Venegas Grau[31], o que esta teoria indica é a possibilidade dos direitos fundamentais exercerem influência direta nas ações dos particulares, ou seja, os indivíduos devem respeitar referidos direitos quando se relacionam entre si. Mas, outro ponto de destaque é que a teoria direta dos direitos fundamentais não dispensa o princípio da supremacia do legislador tendo como finalidade que o indivíduo não fique privado da defesa de seus direitos em caso de violação por parte de outro particular.

---

[29] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: **uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

[30] Sobre o tema importante referir que Hans Carl Nipperdey iniciou seus estudos e publicou "Die Würde des Menschen" em 1954 e "Grundrechte ubd Privatrech em 1962". Na primeira obra o autor defende que algumas normas de direitos fundamentais não se aplicam somente as relações entre particulares, onde nascem posições jurídicas de particulares frente a particulares. Já na segunda obra Nipperdey rebate Düring indicando que os direitos fundamentais modificam normas de direito privado existentes.

[31] GRAU, Maria Venegas. Derechos fundamentales y derecho pirvado: **los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomia privada.** Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 179.

Na visão de Robert Alexy[32] a teoria imediata dos direitos fundamentais é uma teoria integradora onde em uma demanda entre particulares que tenha como, por exemplo, objeto direito fundamental, se faça uma ponderação entre os valores discutidos.

Salienta-se, que para alguns doutrinadores a teoria da eficácia imediata assegura a vinculação direta dos atos praticados pelos particulares aos direitos fundamentais, pois com ou sem desenvolvimento de lei específica é a norma constitucional que se aplica como razão primária e justificadora. Ademais, a existência de norma regulamentadora não caracteriza empecilho para aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, tendo em vista que o papel do legislador é meramente declaratório, pois os direitos fundamentais já se encontram positivados na nossa Constituição Federal[33].

Outra qualidade dos direitos fundamentais é a superioridade normativa. Com efeito, os direitos fundamentais são parte integrante da Constituição formal, possuindo, dessa forma, *status* normativo superior em relação a todo o ordenamento jurídico. Nesse sentido, não é permitido ao legislador alterar o conteúdo essencial desses direitos ao regular o seu exercício. Não são permitidas inovações legislativas abusivas e desproporcionais. Vale ressaltar que a superioridade normativa não torna os direitos fundamentais absolutos. Isso porque eles encontram limites em outros direitos fundamentais ou interesses coletivos consagrados na Constituição.

Pelo exposto, percebe-se que as múltiplas possibilidades de violação a direitos fundamentais por meio do tratamento de dados pessoais, que surgem com cada avanço tecnológico, demandam a constante atualização daqueles. Ou seja, o que se está a dizer é que a proteção de dados pessoais está protegida contra o retrocesso.

---

[32] ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Affonso da Silva, 1. ed., Malheiros Editores, 2008.

[33] UBILLOS, Juan Maria Bilbao. La eficácia de los derechos fundamentales frente a particulares: **análisis de la jurisprudencia del tribunal constitucional**. Madrid; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 238-327.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu no decorrer do artigo, a proteção de dados pessoais deve ser reconhecida como garantia de caráter instrumental, combinada com a tutela da privacidade, fazendo referência a todo leque de garantias fundamentais que se encontram na constelação jurídica-constitucional brasileira, com ênfase na dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, seu grau de importância veio a ser incluído no rol dos direitos fundamentais do artigo 5º inciso LXXIX da Constituição Federal de 1988.

Um dos maiores desafios contemporâneos do Direito é conter o potencial discriminatório na manipulação de dados pessoais, tanto por agentes públicos, como por agentes privados.

Posto isso, foi crucial a construção dogmática do direito à proteção de dados pessoais no Brasil para chegarmos ao seu reconhecimento como direito fundamental. A doutrina e a jurisprudência, também trabalharam nesse sentido. A experiência no direito comparado, sobretudo na União Europeia nos aportou uma base sólida.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgilio Affonso da Silva, 1. ed., Malheiros Editores, 2008;

BRASIL. Planalto. **Medida Provisória nº 954/2020**. http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629Acesso em: 31 jul. de 2023;

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003. Grundrechte und Privatrecht – eine zwischenbilanz. De Gruyter, 1999;

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003;

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 19 ed. rev. atualizada. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Paz e Terra, 2018;

DE SOUZA, Klauss Correa. Direitos fundamentais: **uma breve visão panorâmica**. Disponível em https://www.recantodasletras.com.br/teorialiteraria/1861690. Acesso em: 30 jun de 2020;

DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 100-101, jul./dez. 2011;

_____________ Panorama Histórico da Proteção de Dados Pessoais. In: **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. 2021;

_____________ **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021;

FRIEDEWALD; Michael; Lamla, Jörn; Roßnagel, Alexander. Informationelle Selbstbestimmung im digitalen Wandel. Springer-Verlag, 2017. Na literatura brasileira, cf., Bioni, Bruno R. Autodeterminação informacional: **paradigmas inconclusos entre a tutela dos direitos da personalidade, a regulação dos bancos de dados eletrônicos e a arquitetura da internet.** 2016. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016;

GRAU, Maria Venegas. Derechos fundamentales y derecho pirvado: **los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomia privada.** Madrid: Marcial Pons, 2004;

Grundrechte als Institution: **ein Beitrag zur politischen Soziologie**. Vol. 24 de Schriften zum öffentlichen Recht, Duncker & Humblot, 1965;

LIMBERGER, Têmis. Proteção dos dados pessoais e o comércio eletrônico: os desafios do século XXI. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 67, p. 215-242, 2008;

MARINONII, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014;

MARTINS, Thiago Penido. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2803.pdf . Acesso em 30 jun. de 2020;

NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006;

Reglamento General de Protección de Datos: **hacia un nuevo modelo europeo de privacidade**. Madrid: Editoral Reus, 2016;

SARLET, Ingo Wolfgang. **O princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015;

__________________ Proteção de dados pessoais como direito fundamental na constituição federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. **Revista de Direito Fundamentais & Justiça |** Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020;

_____________ **A eficácia dos direitos fundamentais.** 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018;

_____________ A eficácia dos direitos fundamentais: **Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 13. ed, rev. e atual., Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2018;

SARLET; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012;

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. La eficácia de los derechos fundamentales frente a particulares: **análisis de la jurisprudencia del tribunal constitucional**. Madrid; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

27. GOVERNANÇA CORPORATIVA NAS ESTATAIS: POR QUE REPETIR OS VELHOS ERROS COM TANTOS NOVOS ERROS A FAZER?[1]

 https://doi.org/10.36592/9786554600668-27

Ricardo Lupion[2]

RESUMO

Este artigo pretende abordar o novo ambiente normativo brasileiro introduzido pela Lei das Estatais (Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016), que criou novas regras de governança corporativa nas estatais que desenvolvem atividade econômica em sentido estrito, isto é, exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, especialmente exigências de experiência profissional e impedimentos para a eleição de conselheiros de administração, diretores e conselheiros fiscais, com a finalidade de proteger a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias ("estatais") contra possíveis (e infelizmente comuns) ingerências político-partidárias na nomeação dos integrantes desses cargos de administração das estatais. O texto também apresentará os casos de judicialização da lei das estatais no Supremo Tribunal Federal e breves notas finais, à guisa de conclusões.

Palavras-chave: Empresa. Estatais. Governança Corporativa. Administradores. Requisitos e Impedimentos legais.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Governança corporativa: uma breve reflexão. 2. Governança corporativa nas estatais: o novo ambiente normativo brasileiro. 3. A judicialização da

---

[1] Texto aceito para publicação na Revista Jurídica Luso-Brasileira, do Instituto de Direito Privado, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

[2] Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor Titular de Direito Empresarial na Escola de Direito da PUCRS. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) na PUCRS. Advogado.
E-mail: ricardo.lupion@pucrs.br. ORCID ID https://orcid.org/0000-0001-9739-287X

lei das estatais e os fundamentos constitucionais adotados na decisão do Supremo Tribunal Federal. 4. Notas finais à guisa de conclusões.

INTRODUÇÃO

> "O fato é que ao longo de toda a sua história, a Petrobras sofreu interferências políticas que se contrapuseram a seus interesses empresariais. A estatal foi chamada a construir diversas indústrias, como as de petroquímica, fertilizantes, etanol e geração de energia com base térmica. [...] O coronel Ozires Silva, ex-presidente da petroleira durante o governo Sarney, definiu bem a posição da empresa: 'O centro de decisão da Petrobras não fica na Avenida Chile [endereço da sede da companhia, no Rio de Janeiro]. Fica em Brasília".[3]

Parafraseando Bertrand Russell "por que repetir os velhos erros com tantos novos erros a fazer?" Recentemente, o então Ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal, proferiu decisão liminar em pedido de tutela provisória incidental formulado em ação direta de inconstitucionalidade, para liberar a indicação de integrantes dos conselhos de administração e das diretorias de empresas públicas, de sociedades de economia mista e suas subsidiárias (adiante somente Estatais), do cumprimento de determinados e importantes impedimentos criados pela Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais).[4]

Aprimorar as práticas da boa governança corporativa nas estatais brasileiras foi o caminho escolhido a partir da emenda constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, que atribuiu nova redação ao § 1º do artigo 173 da Constituição Federal, segundo o qual, a lei deverá estabelecer o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias (adiante somente Estatais) que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo, entre outros temas, sobre " IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de

---

[3] PADUAN, Roberta. **Petrobras: uma história de orgulho e vergonha.** Rio de Janeiro: editora objetiva, 2016, p. 13

[4] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7331-DF, relator Min. Ricardo Lewandowski, tutela provisória incidental concedida em 16/03/23. Distribuída por dependência à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5624, autuada em 17/11/16.

acionistas minoritários; e V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores".

O novo ambiente normativo criado pela Lei das Estatais (Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016) passou a estabelecer um conjunto de requisitos e impedimentos para os indicados a ocupar cargos nas Estatais, representando um inegável avanço[5] e também teve a finalidade de contribuir para mitigar as possíveis (e infelizmente comuns) ingerências político-partidárias na nomeação dos integrantes dos cargos de administração das Estatais, nas quais o governante possui o poder de eleger e destituir a maioria dos membros do Conselho de Administração e a totalidade da Diretoria.

Apesar da necessidade de edição da Lei 13.303/16 estar expressa na constituição federal desde a Emenda Constitucional nº 19 de 1998 – como visto acima - o seu texto surgiu de uma iniciativa autônoma do Congresso Nacional diante de um contexto de crise política e econômica acentuada por denúncias de corrupção, relacionadas, de alguma forma, com empresas estatais.[6]

O presente artigo abordará o tema em quatro seções: na primeira, será feita uma breve reflexão a respeito das boas práticas de governança corporativa, a partir do seu mais recente marco histórico: a *Sarbanes-Oxley Act*, aprovada pelo Congresso dos Estados Unidos; na segunda, serão apresentadas as boas práticas de governança corporativa nas estatais, o novo ambiente normativo brasileiro, especialmente as exigências e impedimentos criados pela Lei das Estatais para os ocupantes de cargos nos conselhos de administração e da diretoria de estatais que desenvolvem atividade econômica em sentido estrito, isto é, que exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços e as importantes decisões proferidas pelo Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários – CVM a respeito da imediata aplicação dessas novas regras de governança; na terceira, será relatada a judicialização da lei das estatais perante o

---

[5] Conforme relatório "Integridade e transparência de empresas estatais no Brasil", elaborado pela FGV Direito Rio em parceria com a Transparência Internacional – Programa Brasil, disponível em http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/20342/Integridade%20e%20Transparência%20de%20Empresas%20Estatais%20no%20Brasil.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em 14 jun 22

[6] ANTUNES, Gustavo Amorim. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**: Lei nº 13.303/16 comentada. Belo Horizonte: Fórum, Edição do Kindle, 2017.

Supremo Tribunal Federal, mediante análise comparativa entre a ação direta de inconstitucionalidade nº 5624, ajuizada em 16/11/2016 e a ação direta de inconstitucionalidade nº 7331, recentemente ajuizada em 28/12/2022, com a identificação dos fundamentos constitucionais adotados na decisão do Supremo Tribunal Federal; ao final, na quarta seção, notas finais à guisa de conclusões.

1. GOVERNANÇA CORPORATIVA: uma breve reflexão

O marco histórico mais recente da governança corporativa consiste na promulgação do *Sarbanes-Oxley Act*, aprovado pelo Congresso dos Estados Unidos em julho de 2002, e sancionada pelo presidente George W. Bush. A referida lei foi editada em decorrência dos escândalos envolvendo algumas das maiores corporações do mundo, como a *WorldCom,* à época considerada a segunda maior companhia de serviços de telecomunicações dos Estados Unidos, a *Enron,* tida como a sétima maior empresa dos Estados Unidos e a *Arthur Andersen,* uma das cinco maiores empresas do setor de auditoria.[7]

Nesse passo, conforme definição apresentada na publicação dos *Principles of Corporate Governance*, em 1999, pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a governança corporativa pode ser traduzida no sistema segundo o qual as corporações de negócio são dirigidas e controladas. Sua estrutura envolve um conjunto de relações (direitos e responsabilidades) distribuídos entre os diferentes participantes das empresas, como os órgãos de gestão, o seu conselho de administração, os seus acionistas e os *stakeholders*. Tem como objetivo primordial fornecer a estrutura através da qual os objetivos da empresa são definidos e pela qual se determinam os meios para alcançar tais objetivos e monitorizar o desempenho.[8]

A governança corporativa denota, implícita ou explicitamente, quatro valores fundamentais: o senso de justiça (*fairness*), a transparência das informações

---

[7] SILVA, Edson da. **Governança corporativa nas empresas: guia prático de orientação para acionistas, investidores, conselheiros de administração e fiscal, auditores, executivos, gestores, analistas de mercado e pesquisadores**. 3ª edição. São Paulo: Atlas. 2012. p. 237-248.

[8] OCDE (2016), Princípios de Governo das Sociedades do G20 e da OCDE, Éditions OCDE, Paris. http://dx.doi.org/10.1787/9789264259195-pt. Acesso em 21 abril 23.

(*disclosure*), a prestação responsável de contas (*accountability)* e a conformidade no cumprimento de normas reguladoras (c*ompliance*). Em virtude disso, José Paschoal Rossetti e Adriana Andrade destacam, como posturas essenciais para a boa governança corporativa:

> a integridade ética, permeando todos os sistemas de relações internas e externas: o senso de justiça, no atendimento das expectativas e das demandas de todos os "constituintes organizacionais"; a exatidão na prestação de contas, fundamental para a confiabilidade na gestão; a conformidade com as instituições legais e com os marcos regulatórios dentro dos quais se exercerão as atividades das empresas; e a transparência, dentro dos limites em que a exposição dos objetivos estratégicos, dos projetos de alto impacto, das políticas e das operações das companhias não sejam conflitantes com a salvaguarda de seus interesses. [9]

Fábio Ulhoa Coelho adverte que a governança corporativa se expandiu, no Brasil, não propriamente como uma solução para os conflitos de agência como ocorreu nos Estados Unidos, mas como uma forma de reter, na bolsa de valores brasileira, um investidor cada vez mais atraído pelas oportunidades de investimento abertas com a globalização.[10] Isso porque, conforme aponta Milton Nassau Ribeiro, as empresas brasileiras, visando atrair mais investidores como forma alternativa de captação de recursos no mercado financeiro, inclusive acionistas minoritários e institucionais, careciam de uma administração mais transparente.[11]

No Brasil, são considerados como relevantes marcos da recente história da governança corporativa, a criação do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) em 1995, que congrega profissionais de diversos ramos que se dedicam ao estudo e à prática do tema e que, desde 1999, editam e publicam o *Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa*, que reúne o que considera boas

---

[9] ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. ***Obra citada.*** *7ª edição*. São Paulo: Atlas. 2014. p. 142.
[10] COELHO, Fábio Ulhoa. "Democratização" das relações entre os acionistas. In AZEVEDO, Luís André N. de Moura; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. **Poder de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 50-51.
[11] RIBEIRO, Milton Nassau. "Aspectos jurídicos da governança corporativa no Brasil: histórico comparativo e perspectivas". In: BERALDO, Leonardo de Faria (org.). **Direito societário na atualidade: aspectos polêmicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 400.

práticas de governança, bem como *Códigos de Conduta* e *Cadernos de Governança*, que contém contribuições, sugestões e recomendações frutos de debate e trabalho de seus associados. Outrossim, não menos relevância possui a criação do Novo Mercado pela Bovespa, no ano 2000. Criado com o intuito de dar mais vida a um pálido mercado acionário brasileiro, buscando resgatar - ou conquistar - a confiança do investidor brasileiro mediante o oferecimento de mais informação e imposição de limites ao poder societário, o Novo Mercado destaca-se como um relevante marco da governança corporativa.[12]

Não obstante, a reforma da Lei das Sociedades Anônimas (LSA), promovida pela Lei nº 10.303/2001, demonstrou que o legislador não permaneceu insensível à concepção de governança corporativa. Entretanto, conforme adverte Marcelo Von Adamek, as alterações promovidas na LSA figuraram como passos tímidos no que toca ao aprimoramento dos mecanismos de informação, concessão de tratamento mais equitativo aos acionistas minoritários, repressão de condutas ilegais e aprimoramento da fiscalização dos negócios.[13] Por tal motivo aponta-se que a aceitação e aplicação das práticas de governança pelo mercado brasileiro ocorreu de forma preponderantemente voluntária, impulsionada por iniciativas privadas.[14]

Atentas a essa demanda e reconhecendo a importância do tema, diversas instituições elaboraram manuais com recomendações de boas práticas de governança corporativa, destacando-se as recomendações editadas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) e pelo Corporação Financeira Internacional, organização ligada ao Banco Mundial.

---

[12] CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. "Proselitismo corporativo: ficção e verdade no interdito à cumulação dos principais cargos da administração de companhias listadas na Bolsa de Valores de São Paulo". **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v.16, n.60, abr./jun. 2013. p. 327-365.

[13] ADAMEK, Marcelo Von. *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as ações correlatas.* São Paulo: Saraiva. 2009. p. 117-118.

[14] LEITE, Leonardo Barém. "Governança corporativa – considerações sobre a sua aplicação no Brasil (das "limitadas" às sociedades anônimas de capital pulverizado). In: AZEVEDO, Luís André N. de Moura; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. **Poder de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 505-506.

2. GOVERNANÇA CORPORATIVA NAS ESTATAIS: o novo ambiente normativo brasileiro

Em linha com a distinção entre empresas estatais prestadoras de serviço público e empresas estatais que desenvolvem atividade econômica em sentido estrito, a partir de precedentes do Supremo Tribunal Federal,[15] a Lei das Estatais, em seu artigo 1º limitou o âmbito da sua incidência apenas às estatais que desenvolvem atividade econômica em sentido estrito, isto é, que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.

Um dos aspectos de maior relevância da Lei das Estatais, foi a criação de requisitos mínimos de experiência acadêmica e de vivência profissional para a indicação de candidatos a exercer cargos na administração das estatais, como medida para mitigar o loteamento político-partidário dos altos cargos de administração das estatais, até então reservados para apadrinhados políticos. Com essa medida, busca-se profissionalizar a administração das estatais.[16]

São exigências já habituais no setor privado, pois é usual que o pretendente a ocupar um cargo na alta administração de uma empresa de grande porte reúna experiência e vivência profissional anteriores, compatíveis com as responsabilidades do cargo pretendido.

---

[15] Distinção entre empresas estatais prestadoras de serviço público e empresas estatais que desenvolvem atividade econômica em sentido estrito. (...) As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do art. 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. (...) O § 1º do art. 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público. ADI 1.642, rel. min. Eros Grau, j. 3-4-2008, P, DJE de 19-9-2008. ARE 689.588 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 27-11-2012, 1ª T, DJE de 13-2-2012, entre outros.

[16] Sobre parâmetros técnicos, de formação acadêmica e de experiência profissional para os ocupantes de cargos na administração das estatais criados pela Lei das Estatais consultar COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. "Primeiras questões sobre a Lei 13.303/2016 – O Estatuto Jurídico das Empresas Estatais". **Revista dos Tribunais**, vol. 974, p. 171-198, dez. 2016. FERRAZ, Sergio. "Das regras de governança corporativa, transparência e gestão de riscos". **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, v. 7, p. 109-137, out./dez. 2018. LUPION, Ricardo. "Estatuto Jurídico das Estatais: Governança além da forma". **REPATS – Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**. Brasília, v. 4, n.1, p. 152-172, jan-jun, 2018. MAIA, Fernanda Caroline. "A administração das empresas estatais. Revista de direito administrativo contemporâneo". São Paulo, **Revista dos Tribunais**, v. 4, n. 27, p. 67–76, nov./dez. 2016. TOMAZETTE, Marlon. "A Administração das Empresas Estatais". **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. João Otávio de Noronha, Ana Frazão, Daniel Augusto Mesquita (Coord.). - Belo Horizonte : Fórum, 2017, p. 141-170.

Assim, os indicados para membro do Conselho de Administração[17] ou para cargos da Diretoria[18] das estatais, serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento e deverão atender aos requisitos de experiência profissional ou de formação acadêmica[19] e também não poderão se enquadrar em nenhuma das hipóteses vedações e impedimentos,[20] tudo conforme previsto na Lei

---

[17] "O Conselho de Administração, órgão colegiado encarregado do processo de decisão de uma organização em relação ao seu direcionamento estratégico, é o principal componente do sistema de governança. Seu papel é ser o elo entre a propriedade e a gestão para orientar e supervisionar a relação desta última com as demais partes interessadas. O Conselho de Administração recebe poderes dos sócios e presta contas a eles. O Conselho de Administração é o guardião do objeto social e do sistema de governança. É ele que decide os rumos do negócio, conforme o melhor interesse da organização. [...] O Conselho de Administração deve sempre decidir em favor do melhor interesse da organização como um todo, independentemente do interesse das partes que indicaram ou elegeram seus membros". *Caderno de Boas Práticas para Reuniões do Conselho de Administração.* Disponível em http://www.ibgc.org.br/userfiles/9.pdf Acesso em 04 jun 23.

[18] "A diretoria é órgão executivo da companhia, composta por, no mínimo, duas pessoas, eleitas pelo conselho de administração, ou, se este não existe, pela assembleia-geral. Compete aos seus membros, no plano interno, gerir a empresa e, no externo, manifestar a vontade da pessoa jurídica, na generalidade dos atos e negócios que ela pratica". COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial – vol. 2 – direito de empresa.* São Paulo: Saraiva, 2012, p. 256

[19] BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. **Estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias.** Art. 17. Os membros do Conselho de Administração e os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento, devendo ser atendidos, alternativamente, um dos requisitos das alíneas "a", "b" e "c" do inciso I e, cumulativamente, os requisitos dos incisos II e III: I - ter experiência profissional de, no mínimo: a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, na área de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou em área conexa àquela para a qual forem indicados em função de direção superior; ou b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos: 1. cargo de direção ou de chefia superior em empresa de porte ou objeto social semelhante ao da empresa pública ou da sociedade de economia mista, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa; 2. cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público; 3. cargo de docente ou de pesquisador em áreas de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista; c) 4 (quatro) anos de experiência como profissional liberal em atividade direta ou indiretamente vinculada à área de atuação da empresa pública ou sociedade de economia mista; II - ter formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado.

[20] BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. **Estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias.** Art. 17. [...] § 2º É vedada a indicação, para o Conselho de Administração e para a diretoria: I - de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo; II - de pessoa que atuou, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral; III - de pessoa que exerça cargo em organização sindical; IV - de pessoa que tenha firmado contrato ou parceria, como fornecedor ou comprador, demandante ou ofertante, de bens ou serviços de qualquer natureza, com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade em período inferior a 3 (três) anos antes da data de nomeação; V - de pessoa que tenha ou possa ter qualquer forma de conflito de interesse com a pessoa político-administrativa

das Estatais e relacionados à situações que poderiam comprometer a independência e isenção do administrador, necessárias à correta e adequada tomada de decisões no interesse da estatal.

A Lei das Estatais propiciou o surgimento de um novo ambiente normativo brasileiro, com a edição de decretos, regulamentos, portarias e demais atos normativos que visam aperfeiçoar as novas práticas de governança nas empresas estatais brasileiras, como por exemplo, o Decreto Federal nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016 com normas reguladoras da aplicação da Lei das Estatais no âmbito das estatais controladas pelo governo federal, incluindo as sociedades nas quais o governo federal detenha participação societária.

No ano de 2017, a B3 - Bolsa de Valores do Brasil[21] alterou o Regimento do Programa Destaque em Governança de Estatais para adequá-lo ao novo ambiente normativo[22] e o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC)[23] editou a

---

controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade. § 3º A vedação prevista no inciso I do § 2º estende-se também aos parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau das pessoas nele mencionadas.

[21] B3 – Brasil, Bolsa, Balcão. Criada em março de 2017 a partir da integração da BM&FBOVESPA e da Cetip, a B3 se consolida como uma das principais empresas de infraestrutura de mercado financeiro no mundo, com atuação em ambiente de bolsa e de balcão. As atividades da B3 incluem criação e administração de sistemas de negociação, compensação, liquidação, depósito e registro para todas as principais classes de ativos, desde ações e títulos de renda fixa corporativa até derivativos de moedas, operações estruturadas e taxas de juro e de commodities. Para que um emissor (companhia ou fundo de investimento, por exemplo) possa negociar os títulos de sua emissão (ações, debêntures, cotas ou outros) nos mercados organizados da B3, ele deve pleitear sua listagem e a admissão desses valores mobiliários à negociação, bem como cumprir os requisitos dos regulamentos da B3. Disponível em http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/institucional/sobre-a-bm-fbovespa/quem-somos/ Acesso em 04 out 2022.

[22] O Programa Destaque em Governança de Estatais, voltado a estatais abertas ou em processo de abertura de capital, foi desenvolvido com o objetivo de incentivar essas empresas a aprimorar suas práticas e estruturas de governança corporativa. A iniciativa teve por intuito contribuir para a restauração da relação de confiança entre investidores e estatais, apresentando medidas objetivas e concretas com o fim de colaborar para a redução de incertezas relativas à condução dos negócios à divulgação de informações, notadamente quanto à consecução do interesse público e seus limites, além do componente político inerente a essas empresas. A adesão ao Programa Destaque em Governança de Estatais é voluntária e, para a certificação, as empresas devem atender às medidas de governança corporativa previstas no Programa. Disponível em http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/listagem/acoes/governanca-de-estatais/. Acesso em 04 out 2022.

[23] Referência em governança corporativa. O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) é uma organização sem fins lucrativos, referência nacional e internacional em governança corporativa. O instituto contribui para o desempenho sustentável das organizações por meio da geração e disseminação de conhecimento das melhores práticas em governança corporativa, influenciando e representando os mais diversos agentes, visando uma sociedade melhor. Fundado em 27 de novembro de 1995, em São Paulo, o IBGC desenvolve programas de capacitação e certificação profissionais, eventos e também atua regionalmente por meio de sete capítulos nos estados de Ceará, Minas Gerais, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Santa Catarina. Atualmente, o

cartilha Governança Corporativa em Empresas Estatais Listadas no Brasil.[24]

Ainda, nestes anos de vigência do diploma legal, importantes decisões da Comissão de Valores Mobiliários – CVM [25] declararam ilícitas determinadas indicações político-partidárias por inobservância dessas novas exigências da Lei das Estatais. Pelo menos três decisões proferidas pela CVM revelam que, no primeiro momento, houve a tentativa de continuidade de indicação político-partidária para cargos da administração das estatais, apesar desse novo ambiente normativo exigir uma nova postura dos controladores para as indicações dos administradores das estatais.

No caso Light,[26] a CVM examinou se a indicação para membro do conselho de administração feita pela acionista e estatal Cemig[27] enquadrava-se (ou não) na regra de impedimento prevista no art. 17, § 2º, inciso II desse novo diploma legal.[28] O

IBGC hospeda as atividades da Global Reporting Initiative (GRI) no Brasil, integra a rede de *Institutos de Gobierno Corporativo de Latino America* (IGCLA) e o *Global Network of Director Institutes* (GNDI), grupo que congrega institutos relacionados à governança e conselho de administração ao redor do mundo. Disponível em https://www.ibgc.org.br/quemsomos Acesso em 27 abr 2023

[24] "Em matéria de governança corporativa, a nova lei introduziu particularmente comandos sobre três grandes dimensões: transparência, fiscalização e controle e administração. [...] Para questões sobre a composição da administração, a lei dispõe sobre a criação de comitê estatutário para indicação e avaliação dos membros do conselho, estabelece composição de sete a onze membros para o conselho, com 25% das vagas para conselheiros independentes. A lei passa a exigir critérios de experiência profissional e impõe parâmetros mais rígidos de elegibilidade para candidatos a posição no conselho de administração, especialmente para pessoas que ocupem cargos na administração pública e posições relacionadas a atividades político-partidárias ou sindicais, bem como apresentem conflito de interesses com a companhia ou o acionista controlador". Disponível em https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiYodGX5oLjAhUDDrkGHZBVAWIQFjAAegQIBRAB&url=http%3A%2F%2Fwww.ibgc.org.br%2Fuserfiles%2Ffiles%2FPublicacoes%2FIBGC_Pesquisa%2FPublicacao-IBGCPesquisa-GC_SEMs-2017.pdf&usg=AOv Vaw0B0SkfNxvyRPTxSt_exfy_ Acesso em 27 abr 23

[25] A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) foi criada em 07/12/1976 pela Lei 6.385/76, com o objetivo de fiscalizar, normatizar, disciplinar e desenvolver o mercado de valores mobiliários no Brasil. É uma entidade autárquica em regime especial, vinculada ao Ministério da Economia, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, e autonomia financeira e orçamentária, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, e jurisdição em todo o território nacional.

[26] A Light é uma sociedade anônima de capital aberto, submetida ao controle e supervisão das regras da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e da Bolsa de Valores do Brasil (B3 - Brasil, Bolsa, Balcão).

[27] A Cemig é uma sociedade por ações, de capital aberto, constituída sob a forma de sociedade de economia mista, controlada pelo Governo do Estado de Minas Gerais, submetida ao controle e supervisão das regras da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e da Bolsa de Valores do Brasil (B3 - Brasil, Bolsa, Balcão) No exterior, das regras da *Securities and Exchange Commission* (SEC) e da NYSE, nos Estados Unidos. Disponível em http://ri.cemig.com.br/static/ptb/estrutura_acionaria.asp?idioma=ptb Aceso em 04 jun 23.

[28] BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. **Estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias** Art. 17. Os membros do Conselho de Administração e os

colegiado da CVM decidiu que a indicação feita pela acionista e estatal Cemig para o conselho de administração da Light enquadrava-se na regra de impedimento prevista no citado dispositivo legal, porque a pessoa indicada "participou, de forma relevante, na realização da campanha eleitoral da senhora Dilma Rousseff em 2014", no comitê de campanha nas eleições presidenciais de 2014, o que é vedado pela Lei das Estatais.[29]

No caso Copel,[30] a CVM examinou se a indicação feita pelo Governo do Estado do Paraná para membro do Comitê de Indicação e Avaliação (CIA) da estatal Copel enquadrava-se (ou não) na hipótese de vedação prevista no artigo 17, § 2º, I, desse novo diploma legal.[31] Após reconhecer a aplicação da regra de impedimentos aos integrantes do CIA, o colegiado da CVM concluiu que a indicação feita enquadrava-se na regra de impedimento porque todos os indicados ao CIA são inabilitados por possuírem vinculação político-partidária.[32]

Finalmente, em outra oportunidade, também envolvendo a companhia Light, a CVM examinou se a indicação feita pela acionista e estatal Cemig para membro do conselho fiscal, estaria (ou não) sujeita aos impedimentos do artigo 17, §2º, I, desse novo diploma legal. Neste caso, com base no precedente do processo administrativo que julgou o "Caso Copel" - acima referido - o colegiado também concluiu que os indicados estavam impedidos por possuírem vinculação político-partidária.[33]

---

indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento, devendo ser atendidos, alternativamente, um dos requisitos das alíneas "a", "b" e "c" do inciso I e, cumulativamente, os requisitos dos incisos II e III: § 2º É vedada a indicação, para o Conselho de Administração e para a diretoria: II - de pessoa que atuou, nos últimos 36 meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;

[29] Colegiado da CVM, Processo Administrativo CVM no 19957.008923/2016-12, j. 27/12/2016

[30] A Copel é uma sociedade por ações, de capital aberto, constituída sob a forma de sociedade de economia mista, controlada pelo Governo do Estado do Paraná, submetida ao controle e supervisão das regras da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e da Bolsa de Valores do Brasil (B3 - Brasil, Bolsa, Balcão). Disponível em http://ri.copel.com/ptb/estrutura-societaria Aceso em 04 jun 23.

[31] BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. **Estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias** Art. 17. § 2º É vedada a indicação, para o Conselho de Administração e para a diretoria: I - de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo.

[32] Colegiado da CVM, Processo CVM no 19957.011269/2017-05, j. 05/01/2018

[33] Colegiado da CVM, Processo CVM nº 19957.004466/2018-41, j. 26/04/2018

3. A JUDICIALIZAÇÃO DA LEI DAS ESTATAIS E OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS ADOTADOS NA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Desde 16/11/2016 tramita perante o Supremo Tribunal Federal, ação direta de inconstitucionalidade - ADI[34] sob a alegação de que a Lei das Estatais invade a atividade administrativa do Chefe do Executivo e estabelece restrições e limitações à atuação – quando não à própria constituição – de empresas estatais, extrapolando os próprios limites materiais da lei, mas, sobretudo, em afronta à reserva de iniciativa ao Chefe do Poder Executivo para submeter ao Legislativo tal legislação.[35]

Há, também, pedido de declaração de inconstitucionalidade do dispositivo da Lei das Estatais que estabeleceu a inelegibilidade de titulares de cargos sem vínculos permanecentes com o serviço público e daqueles que ocupam cargos em organização sindical ou político-partidárias.[36]

---

[34] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5624, relator Min. Ricardo Lewandowski. Ajuizada em 16/11/2016.

[35] Na ação, há alegação de inconstitucionalidade da Lei nº 13.303, de 2016 "em face da ofensa direta ao princípio da separação dos Poderes, materializando invasão ilegítima e inaceitável do Poder Legislativo sobre a prerrogativa do Chefe do Poder Executivo de dar início ao processo legislativo em matérias que envolvam a organização e funcionamento do Poder Executivo e ao regime jurídico de seus servidores, mas, inclusive, reduzindo as suas prerrogativas no que se refere à direção superior da Administração Pública Federal, contrariando, assim, o art. 61, II, 'c' e 'e', c/c art. 84, VI, da Constituição" e que, "[e]m sua totalidade, a Lei em tela invade a atividade administrativa do Chefe do Executivo, e estabelece restrições e limitações à atuação – quando não à própria constituição – de empresas estatais, extrapolando os próprios limites materiais do Estatuto, mas, sobretudo, e no que importa no momento, em afronta à reserva de iniciativa ao Chefe do Poder Executivo para submeter ao Legislativo tal legislação, tanto por se tratar de norma que dispõe sobre a organização estatal – reservada ao Chefe do Executivo pelo art. 61, II, 'e', combinado com o art. 84, VI da Constituição – quanto por estabelecer regramentos ao provimento de cargos de direção em empresas estatais, ou seja, dispondo sobre o seu regime jurídico, matéria que é reservada à iniciativa do Executivo nos termos o art. 61, II, 'c' da Constituição"

[36] Na ação há alegação de que "as restrições mostram-se irrazoáveis, à medida que impedem, diretamente, o exercício da supervisão ministerial por meio da participação de autoridades diretamente relacionadas à gestão das políticas públicas setoriais em conselhos de administração, adotando perspectiva discriminatória, dado que, se a autoridade tiver, simultaneamente, "vínculo permanente com o serviço público", ou seja, for servidor público civil, ou militar, ou empregado público, estará afastada tal restrição". Que o impedimento de dirigente estatutário de partido politico seria um absurdo porque exigiria que o indicado deveria "renunciar ao exercício de seus direitos políticos para que seja investido em cargos de gestão em empresa estatal". Quanto à restrição pela vinculação político-partidária, a inicial alega "evidente excesso, que parte da lógica da criminalização da militância partidária, ou da concepção de que a simples participação nessas atividades e a posterior investidura em cargos de direção em empresas estatais revela conduta imprópria a ser punida. Assim, se o indivíduo pretende, algum dia, exercer cargos em empresas estatais, não poderá ter militância partidária, ou atuação em campanhas políticas, de qualquer espécie, sob pena de ficar "inviabilizado" por trinta e seis meses".

Nesta ADI-5624, os autores também requereram a concessão de medida cautelar, a ser oportunamente submetida a referendo do Plenário, para suspensão da eficácia de tais dispositivos da Lei nº 13.303, de 2016, que criaram os requisitos e impedimentos de inelegibilidade já indicados, aplicando-se interpretação conforme a Constituição.

Em 01/02/2017, o Exmo. Min. Relator considerou que "a possibilidade de decisão cautelar "sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado" (§ 3º do art. 10 da Lei 9.868/1999), até mesmo pelo relator, monocraticamente, *ad referendum* do Plenário, é medida que somente se justifica em casos de extrema urgência e que demandem providência imediata, sob pena de perecimento do direito perseguido", concluindo que não era a hipótese dos autos, porque embora o tema demande solução urgente, a Lei 13.303/2016 foi promulgada em 30 de junho de 2016 e o seu texto já produziu efeitos.

Em defesa do ato legal, a Advocacia Geral da União sustentou que as regras de impedimento são necessárias para "evitar a ocorrência de conflito entre os interesses das empresas estatais e os interesses político-partidários ou corporativos dos dirigentes de agremiações partidárias, dos representantes classistas, dos titulares de mandatos no Poder Legislativo" e que tais exigências e impedimentos são "plenamente justificáveis diante dos objetivos legalmente positivados de assegurar eficiência, probidade e transparência aos atos praticados em sua gestão".[37]

---

[37] Eis os termos da petição da AGU: "Diversamente do que alegam as autoras, tais vedações são necessárias para evitar a ocorrência de conflito entre os interesses das empresas estatais e os interesses político-partidários ou corporativos dos dirigentes de agremiações partidárias, dos representantes classistas, dos titulares de mandatos no Poder Legislativo ou de cargos não efetivos no Poder Executivo, que são de livre nomeação e, frequentemente, se expõem às injunções políticas. As disposições legais em questão convergem com as boas práticas de governança e gestão exigidas no meio empresarial, contribuindo para que a administração das empresas estatais seja desempenhada de forma transparente e permaneça submetida ao controle exercido não apenas pelos órgãos de fiscalização das próprias pessoas jurídicas, como também do ente federado ao qual se vinculam e da sociedade em geral. Trata-se de disciplina que, além de atender à demanda social de probidade na condução dos empreendimentos estatais, proporciona isenção técnica e autonomia decisória aos administradores, o que é essencial para a eficiência e a transparência da gestão das empresas estatais. Constata-se, pois, que as vedações contidas no artigo 17 da Lei n 13.303/2016 são compatíveis com as funções desempenhadas pelos administradores das empresas estatais e plenamente justificáveis diante dos objetivos legalmente positivados de assegurar eficiência, probidade e transparência aos atos praticados em sua gestão. Além de não provocarem nenhuma espécie de lesão aos princípios da igualdade e da liberdade de associação, mencionadas proibições se mostram razoáveis por cuidarem, justamente, de evitar que os interesses político-partidários ou

A Procuradoria-Geral da Republica também se manifestou em defesa do ato legal por entender que as disposições da Lei as Estatais são "voltadas a coibir possíveis conflitos de interesses, a assegurar a autonomia decisória e a probidade administrativa dos ocupantes dos cargos".[38]

Somente em 29/06/2018 – quase dois anos após o ajuizamento da ADI-5614 – foi apreciada e rejeitada a medida cautelar para suspensão da eficácia dos dispositivos da Lei nº 13.303, de 2016, que criaram os requisitos e impedimentos de inelegibilidade já indicados, nos seguintes termos:

> "Por outro lado, entendo que os demais pedidos cautelares devem aguardar a instrução de todos os processos de controle abstrato antes nominados, para posterior análise pelo Plenário desta Corte. Em outras palavras, não vejo urgência capaz de justificar, neste momento processual e pela via monocrática, o deferimento dos demais pleitos de urgência.
> É que a Lei das Estatais incorporou a nosso sistema jurídico inúmeras regras de governança corporativa que, pelo menos *a priori*, podem contribuir para maior transparência, controle, previsibilidade e imparcialidade ao regime jurídico das estatais. A lei concedeu, ainda, o razoável prazo de 24 meses para adaptação das empresas públicas e das sociedades de economia mista à nova sistemática".

Diversos atos processuais foram praticados até a conclusão ao Exmo. Sr. Min. Relator em 08/09/2020, onde ficou até 10/03/23 – durante quase três anos - quando houve a apresentação de um pedido de apreciação conjunto desta ADI-5624 com uma nova ADI recentemente ajuizada, conforme a seguir.

Em 28/12/2022, uma nova investida contra a Lei das Estatais: o ajuizamento de nova ação direta de inconstitucionalidade – ADI, também com medida cautelar[39]

---

classistas do ocupante de cargo de administrador prevaleçam sobre o interesse público relacionado às atividades das empresas estatais".

[38] Eis os termos da petição da Procuradoria Geral da República: "Não se afiguram desarrazoadas as restrições impostas pelo art. 17, § 2º, da Lei 13.303/2016 à investidura em cargos de direção e de conselho de administração de empresas públicas e sociedades de economia mista, porquanto voltadas a coibir possíveis conflitos de interesses, a assegurar a autonomia decisória e a probidade administrativa dos ocupantes dos cargos".

[39] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7331-DF, relator Min. Ricardo Lewandowski. Ajuizada em 28/12/2022.

e com pedido de distribuição por dependência à anterior ADI-5624, que vinha tramitando na Suprema Corte há seis anos.

Nesta nova ação, a ADI-7331, também busca impugnar os dispositivos da Lei das Estatais que – segundo a inicial - "introduzem, de forma incompatível com a Constituição Federal, requisitos negativos que esvaziam o exercício de direitos fundamentais à isonomia, à liberdade de expressão e à autonomia partidária, que, ao final, inviabilizam a própria relevância prática da avaliação de capacidade e de qualificação dos profissionais que, mesmo considerados mais aptos e qualificados ao exercícios dos respectivos cargos, são afastados arbitrariamente do processo de indicação aos cargos de administração das empresas estatais".[40]

A ação também volta-se contra o chamado período de quarentena aplicável a indicados que tenham atuado, nos últimos 36 meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral, requerendo, ao final, que seja declarada a inconstitucionalidade do dispositivo legal que criou esse impedimento e, em caráter alternativo, que se confira interpretação conforme à Constituição "para fixar a interpretação que permita a indicação, para o Conselho de Administração e para a Diretoria, de pessoa que atuou como participantes de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral, sendo vedada, contudo, a manutenção do vínculo partidário a partir do efetivo exercício no cargo", eliminando-se, portanto, a necessidade da quarentena de trinta e seis meses.

Enquanto na ADI-5624, a Advocacia Geral da União, em 06/03/2017 defendeu os impedimentos criados pela Lei das Estatais por considerar "plenamente

---

[40] Na ação há alegação de que "é inconcebível, dentro do sistema normativo-constitucional vigente, a sobrevivência de norma infraconstitucional que, a pretexto de resguardar os princípios da eficiência e da moralidade no âmbito das empresas estatais, ofenda por completo o núcleo essencial de direito fundamental à igualdade, à liberdade de expressão e participação política de profissionais que atuam direta ou indiretamente em áreas correlatas às empresas estatais, e interfira diretamente no processo decisório dos partidos políticos e campanhas eleitorais, que, à luz do princípio constitucional da autonomia partidária, deve manter-se protegido contra ingerências estatais extrínsecas à realidade partidária-eleitoral de cada agremiação" e que a constituição federal "veda, em absoluto, as proibições de acesso a cargos de administração em empresas estatais baseadas na existência de vínculos profissionais com a Administração Pública ou em manifestações de natureza político-partidária, uma vez que tais requisitos negativos não guardam relação lógica e racional com as exigências de tais funções".

justificáveis diante dos objetivos legalmente positivados de assegurar eficiência, probidade e transparência aos atos praticados em sua gestão", agora, nesta ADI-7331, em 17/02/23, a Advocacia Geral da União volta-se contra os mesmos impedimentos argumentando que "ferem o princípio da eficiência estatal, porquanto alijam da direção de empresas públicas e sociedades de economia mista pessoas tecnicamente preparadas, afetas à administração e à boa governança" e que "as proibições previstas nos referidos preceitos legais não encontram respaldo na Constituição, sendo certo que cargos estatais de elevada responsabilidade não ostentam equivalentes exigências para o respectivo provimento, bastando mencionar os da magistratura e das funções essenciais à justiça".

A Procuradoria Geral da República, em linha com a sua manifestação anterior exarada na ADI-5624, inicialmente manteve a defesa da constitucionalidade da Lei da Estatais sob o argumento de que "são razoáveis as opções feitas pelo legislador federal que, dentro do seu espaço de conformação, estabeleceu restrições para que as composições do Conselho de Administração e da Diretoria das empresas públicas e das sociedades de economia mista sejam orientadas por critérios de profissionalismo e qualificação técnica, objetivando combater a ingerência indevidas de fatores externos às finalidades e funções empresariais", justificando que o dispositivo da Lei das Estatais que criou o impedimento de ausência de vinculação partidária "não vulnera a autonomia partidária, consagrada no art. 17, § 1º, da Constituição Federal, porquanto não disciplina questão atinente à estrutura interna, à organização ou ao funcionamento dos partidos políticos".

Porém, em memoriais apresentados em 05/03/23, Procuradoria Geral da República mudou o entendimento. Argumentou que no anterior parecer exarado "não vislumbrou, nesse primeiro momento, inconstitucionalidade nas normas impugnadas. Considerou que as vedações impostas pela Lei das Estatais partiriam de opção político legislativa voltada a conferir maior grau de governança corporativa e probidade na direção das estatais, buscando prevenir que interferências político-partidárias possam, por qualquer forma, desvirtuar o estrito cumprimento da finalidade pública".

Todavia, ao reapreciar a questão na fase de memoriais, a Procuradora Geral da República identificou que a manifestação anterior "não apreciou aspecto

essencial para a solução da controvérsia que, embora não invocado pelo requerente nas razões deduzidas na petição inicial e não enfrentado no parecer, é passível de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal em face da causa de pedir aberta das ações de controle abstrato de constitucionalidade". E, por considerar que a Lei das Estatais, "ao criar hipóteses de inabilitação de determinados agentes estatais para a gestão da coisa pública (*res publica*) e ao estabelecer, ainda que indiretamente, óbice à participação de cidadãos na vida político-partidária, restringiu direitos fundamentais" e, portanto, opinou pela declaração de inconstitucionalidade porque tais dispositivos "não podem desconsiderar o direito fundamental de participação do indivíduo na vida político-partidária e na esfera pública do Estado (*status civitatis e status activus*), especialmente quando ausente autorização constitucional para tanto".

Nesta ADI-7331, o Exmo. Sr. Min. Relator fundamentou a concessão da liminar nos seguintes fundamentos constitucionais, tidos como frontalmente violados pela Lei das Estatais, conforme anotou a decisão.

O dispositivo da Lei da Estatais que criou impedimento decorrente de vinculação político-partidária viola (a) o princípio da isonomia - preceito basilar numa democracia – segundo o qual ninguém pode ser privado de direitos por motivo de convicção política, respectivamente a brigados no caput e no inciso VIII do art. 5º da Constituição Federal, sendo que "uma restrição de direitos de tal ordem somente poderia ser estabelecida pelo próprio texto constitucional, conforme ocorre no caso dos magistrados (art. 95, parágrafo único, III, da CF), dos membros do Ministério Público brasileiro (art. 128, § 5°, II, da CF) e dos militares (art. 142, § 3°, V, da CF)" e (b) o "direito à igualdade, consagrada na ampla acessibilidade a cargos, empregos e funções públicas (art. 37, I, da CF/1988), a qual somente admite o estabelecimento de requisitos positivos de qualificação técnico-profissional compatíveis com o seu exercício", justificou a decisão proferida.

Quanto aos dispositivos da Lei das Estatais que vedam a indicação de pessoa que, nos últimos 36 meses, tenha integrado a estrutura decisória de partido político ou participado em trabalho vinculado à organização, estruturação e realização de campanha eleitoral (art. 17, § 2°, II), a decisão considerou que "tal prazo se mostra completamente desarrazoado, carecendo, ademais, de adequado fundamento na

realidade fática". Também referiu que a Lei 12.813/2013 – que dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego – estabeleceu o prazo de 6 meses para o desimpedimento, um "período bem inferior ao previsto na Lei das Estatais".

Por considerar que tais exigências da Lei das Estatais "não passam pelo teste da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, como também não se mostram consentâneas com o texto constitucional" a medida cautelar foi concedida, *ad referendum* do Plenário da Suprema Corte, para declarar a inconstitucionalidade da expressão "de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública", constantes do inciso I do § 2° do art.17 da Lei 13.303/2016, até o definitivo julgamento da ADI e, ainda, para que a vedação político-partidária deverá ser aplicada apenas para os indicados que mantiverem o vínculo a partir do exercício do cargo de administrador nas estatais, afastando-se o período de quarentena.

4. Notas finais, à guisa de conclusões

4.1. Delimitação da incidência da Lei das Estatais.

Em linha com a distinção entre empresas estatais prestadoras de serviço público e empresas estatais que desenvolvem atividade econômica em sentido estrito, a partir de precedentes do Supremo Tribunal Federal a Lei das Estatais, em seu artigo 1º limitou o âmbito da sua incidência apenas às estatais que desenvolvem atividade econômica em sentido estrito, isto é, que exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.

Essas estatais, conforme previsto no mesmo dispositivo constitucional, inciso II, estão sujeitas "ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários". Regras de governança corporativa, critérios elegibilidade e de impedimento para eleição dos

administradores das companhias, são matérias afetas ao direito comercial, já que essas estatais não são responsáveis pela prestação de serviços públicos, ao contrário, desenvolvem atividade econômica em sentido estrito e atuam em regime de livre mercado, em competição com empresas privadas.

Essa compreensão está alinhada com a decisão a Suprema Corte que rejeitou a pretensão da sociedade de economia mista Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras) em obter o reconhecimento da não incidência do imposto territorial urbano nos imóveis nos quais exerce as suas atividades, porque não identificou nenhum dos critérios para aplicação da imunidade tributária recíproca. A decisão reconheceu que a imunidade tributária recíproca não se aplica à Petrobras porque

> "Trata-se de sociedade de economia mista destinada à exploração econômica em benefício de seus acionistas, pessoas de direito público e privado, e a salvaguarda não se presta a proteger aumento patrimonial dissociado de interesse público primário; 3.2. A Petrobrás visa a distribuição de lucros, e, portanto, tem capacidade contributiva para participar do apoio econômico aos entes federados; 3.3. A tributação de atividade econômica lucrativa não implica risco ao pacto federativo".

A decisão destacou que o capital social da Petrobras é negociado na B3 (Bolsa de Valores do Brasil) e as "ações são consideradas *blue chips,* de alto potencial de investimento e retorno. Também acrescentou que a Petrobras "paga dividendos a seus acionistas, isto é, ela distribui lucros às entidades públicas e particulares que nela investem. No âmbito da distribuição da riqueza gerada, a União responde individualmente como investidora, em posição semelhante aos particulares, e não como representante da Nação".[41]

Esse mesmo entendimento foi adotado em sessão plenária do STF, que também rejeitou pedido de imunidade tributária recíproca pretendida pela Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP. Entre outros fundamentos, a decisão asseverou que as "atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem ser

---

[41] BRASIL. STF. Segunda Turma. RE. Nº 285.716. AgR. Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 02/03/2010.

submetidas à tributação, por apresentarem-se como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política". [42]

Posteriormente, a natureza privada das atividades exercidas pelas sociedades de economia mista de capital aberto que desempenham atividades econômicas em sentido estrito, também foi objeto de repercussão geral pelo STF, tema 508, tese fixada nos seguintes termos:

> "Sociedade de economia mista, cuja participação acionária é negociada em Bolsas de Valores, e que, inequivocamente, está voltada à remuneração do capital de seus controladores ou acionistas, não está abrangida pela regra de imunidade tributária prevista no art. 150, VI, 'a', da Constituição, unicamente em razão das atividades desempenhadas". [43]

Enfim, Lei das Estatais, ao criar essas regras de elegibilidade e de impedimento, quer que o centro de decisão da Petrobras seja efetivamente na Avenida Chile [endereço da sede da companhia, no Rio de Janeiro], não em Brasília.

4.2. Tramitação das ADIs

Embora as ações diretas de inconstitucionalidade guardem coincidência, pelo menos, em relação à inconstitucionalidade do dispositivo da Lei das Estatais que criou os impedimentos político-partidários, verifica-se uma grande diferença na tramitação e regime de urgência entre ambas.

Na ADI-5624, ajuizada em 16/11/2016, somente quase dois anos após o ajuizamento, em 29/06/2018, foi apreciada e rejeitada a medida cautelar para suspensão da eficácia dos dispositivos da Lei nº 13.303, de 2016, que criaram os requisitos e impedimentos de inelegibilidade já indicados.

---

[42] BRASIL. STF. Pleno. Emb. Decl. no RE. nº 253.472. Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 22-28/03/2019.
[43] BRASIL. STF. Pleno. RE. nº 600.867. Rel. Min. Joaquim Barbosa, Rel. do acórdão Min. Luiz Fux. j. em 24/08/2020.

Na ADI-7331, ajuizada em 28/12/2022, a decisão foi proferida pouco mais de dois meses do seu ajuizamento, em 16/02/23, neste período, incluídos recesso de final de ano e as férias forenses.

4.3. O falso positivo

Conforme visto anteriormente, na decisão proferida na ADI-5614 também foi anotado que "a lei concedeu, ainda, o razoável prazo de 24 meses para adaptação das empresas públicas e das sociedades de economia mista à nova sistemática".

Passados quase cinco anos, em 16/02/23, na ADI-7331- quando já decorrido o prazo de 24 meses para adaptação das estatais à nova sistemática – a urgência para o deferimento do pleito cautelar foi identificada com base na lei 6404/76, que regula o funcionamento das sociedades por ações, especificamente no artigo 132, que estabelece a obrigatoriedade da realização anual de assembleia geral ordinária pelas companhias, nos 4 primeiros meses seguintes ao término do exercício social.

Este é um ponto importante a ser esclarecido. A realização anual da assembleia geral ordinária é obrigatória, mas a eleição anual da administração, membros do conselho de administração e da diretoria, não.

A assembleia geral ordinária deve ser realizada pelas companhias nos 4 primeiros meses seguintes ao término do exercício social, porque há outros temas importantes e obrigatórios a serem apreciados pelos acionistas, como por exemplo, tomar as contas dos administradores, examinar, discutir e votar as demonstrações financeiras; deliberar sobre a destinação do lucro líquido do exercício e a distribuição de dividendos.

Já a eleição dos administradores, usualmente não é anual, porque os estatutos sociais das companhias estabelecem os prazos dos seus mandatos, como requisito obrigatório exigido pela lei 6404/76. (artigo 140, inciso III, para o Conselho de Administração e artigo 143, inciso III, para a Diretoria).[44]

[44] BRASIL. Lei 6404, de 15 de dezembro de 1976. Art. 140. O conselho de administração será composto por, no mínimo, 3 (três) membros, eleitos pela assembleia-geral e por ela destituíveis a qualquer tempo, devendo o estatuto estabelecer: [...] III - o prazo de gestão, que não poderá ser superior a 3 (três) anos, permitida a reeleição. Art. 143. A Diretoria será composta por 1 (um) ou mais membros eleitos e destituíveis a qualquer tempo pelo conselho de administração ou, se inexistente,

Essa obrigatoriedade de realizar eleição somente ocorre quando há o término do prazo dos então ocupantes dos cargos da administradores e isto não foi indicado na petição inicial da ação. E, ainda que não realizada eleição para substituir os administradores no término dos seus mandatos, a Lei 6404/76 contém regra salutar e de proteção dos interesses das companhias estabelecendo que "o prazo de gestão do conselho de administração ou da diretoria se estende até a investidura dos novos administradores eleitos".[45]

Como essa obrigatoriedade de substituição não foi suficientemente esclarecida, não é possível afirmar que no mês de abril do ano de 2023, as estatais federais estavam obrigadas a realizar eleições de administradores em razão do término do prazo do mandato dos então ocupantes dos cargos; sequer um único caso foi demonstrado e, mesmo que tivesse essa obrigatoriedade e não realizada a eleição, os então ocupantes teriam estendidos os seus mandatos até a posse dos novos administradores eleitos, conforme determina a Lei 6404/76.

4.4. Conveniência política

Talvez poderia haver a "conveniência política" de substituição dos então ocupantes dos cargos nos conselhos de administração e da diretoria nas estatais federais como foi destacado na petição inicial:

> "como elemento a evidenciar a urgência da medida, que após o reconhecimento dos resultados eleitorais é natural de toda democracia a recomposição e redefinição dos titulares de cargos e funções públicas relevantes, como são os casos das maiorias das empresas estatais brasileiras, que desempenham importantes funções na exploração de atividades econômicas [...]".

Essa "conveniência politica" pode ser novamente identificada em petição apresentada pelo autor da ação em 15/03/23, no qual se afirmou que a existência

---

pela assembleia geral, e o estatuto estabelecerá: [...] III - o prazo de gestão, que não será superior a 3 (três) anos, permitida a reeleição.

[45] BRASIL. Lei 6404, de 15 de dezembro de 1976. Artigo 150. [...] § 4º O prazo de gestão do conselho de administração ou da diretoria se estende até a investidura dos novos administradores eleitos.

dos impedimentos previstos na Lei das Estatais "tem o condão de inviabilizar a eleição *de agentes* que reúnem as competências para o exercício de tais cargos de administração e de conselhos" e que também não haveria "tempo para selecionar *os agentes* a serem submetidos às assembleias gerais sem o impeditivo constante do dispositivo legal impugnado.

Provavelmente esses *agentes* devem estar entre as milhares de pessoas engajadas em estruturas partidárias e eleitorais nas eleições gerais de 2022 que estariam impedidas de assumir cargos de administração em empresas estatais, em razão dos impedimentos político-partidários criados pela Lei das Estatais, conforme afirmado na petição inicial.

Sequer as principais estatais federais brasileiras foram ouvidas para se pronunciarem a respeito de eventuais dificuldades e/ou entraves que poderiam ter sido criados por esses dispositivos desde a edição da Lei das Estatais ou, ao contrário, se tais dispositivos contribuíram para melhorar o ambiente e as boas práticas de governança das estatais.

A Comissão de Valores Mobiliários – CVM, que desempenha relevante papel de fiscalizar, normatizar, disciplinar e desenvolver o mercado de valores mobiliários no Brasil, também poderia ter sido ouvida como *amicus curiae* e poderia ter oferecido importante contribuição para o entendimento do tema.

Referência nacional e internacional em governança corporativa, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) também não foi consultado. O IBGC contribui para o desempenho sustentável das organizações por meio da geração e disseminação de conhecimento das melhores práticas em governança corporativa, influenciando e representando os mais diversos agentes, visando uma sociedade melhor. O IBGC desenvolve programas de capacitação e certificação profissionais, a hospeda as atividades da *Global Reporting Initiative* (GRI) no Brasil, integra a rede de Institutos de *Gobierno Corporativo de Latino America* (IGCLA) e o *Global Network of Director Institutes* (GNDI), grupo que congrega institutos relacionados à governança e conselho de administração ao redor do mundo.

Da mesma forma, a B3 – Brasil, Bolsa, Balcão, que tem por função primordial ampliar o volume de negociações com os valores mobiliários de companhias abertas, de modo a conferir liquidez ao investimento, também poderia ter sido ouvida para

oferecer contribuições à respeito dos impactos positivos ou negativos das restrições atacadas em relação aos investidores em geral, tudo de modo a subsidiar o julgador para o exame da ação.

4.5. Breve retrato do ativismo sindical na administração das estatais: A vida como ela é...

O artigo 7º, inciso XI, da Constituição Federal assegurou aos trabalhadores, excepcionalmente, a participação na gestão da empresa, conforme definido em lei. Tempos depois, em 2010, essa participação tornou-se obrigatória nos conselhos de administração das empresas estatais nas quais a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto, conforme lei nº 12.353, de 28 de dezembro de 2010.

No ano seguinte, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão editou a Portaria MPOG 026/2011, de 11 de março de 2011, estabelecendo as instruções sobre procedimentos para eleição, prazo de mandatos, regras de conflitos de interesses, estabilidade do empregado eleito, entre outras, para tornar efetiva a participação de representante dos empregados nos conselhos de administração das empresas estatais federais, nas quais o governo federal, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto.[46]

Em recente pesquisa empírica realizada em 2020, em dissertação de mestrado no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Faculdade de Ciências e Letras/UNESP Araraquara, foram realizadas entrevistas com três conselheiros eleitos das estatais Furnas, Eletronorte e Eletrosul, conjuntamente com um representante da associação dos funcionários. Os resultados revelam o ativismo sindical dos empregados eleitos para participarem da administração das estatais.[47] A seguir alguns relatos dessas entrevistas:

---

[46] LUPION, Ricardo. "Governança corporativa: a participação dos empregados na administração das companhias. Conselheiro empregado ou empregado conselheiro?" **Revista jurídica luso-brasileira**, v. 03, p. 1271-1290, 2021.

[47] MASTEGUIN, Lucas **A participação de representantes dos trabalhadores no conselho de administração: um estudo da governança corporativa** / - 2020 157 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) — Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Faculdade de Ciências e Letras (Campus Araraquara) Orientador: Profª. Drª. Maria Chaves Jardim. Disponível em:

> "Lá no Conselho você não vai fazer projetos de rede de distribuição ou projetos e compras de energia, você vai tomar decisões e isso é fundamental para quem de fato está engajado em algum movimento em alguma instância do debate político. Olha só! Ali, não tem gente inocente não! Ali tem pessoas que já passaram por muitos lugares. Não é ninguém inocente. Não dá para colocar um companheiro ou companheira só porque ele fez uma trajetória brilhante, nunca se filiou em partido nenhum, não foi nem para assembleia. Isso não significa que ele vai ser um sucesso [...] vai ser engolido. Tem que ter um pouco da habilidade de fazer a discussão política (RE 2).
>
> Sou contra a limitação. O diretor sindical tem toda a condição de ser um bom companheiro. Representando não só os trabalhadores como também toda a sociedade. Principalmente no setor como esse que é o setor de política pública extremamente importante para a vida das pessoas que é a energia para todos. Temos dirigentes sindicais altamente qualificados, ninguém é eleito sem antes te sido um bom profissional (RE 2)
>
> [...] os empregados me elegeram para lá porque eles acreditam que eu vou fazer o bem na empresa e esse bem indiretamente voltará para eles. Não que eu vou defender o interesse dos trabalhadores. Aliás, esse é o problema que teve nessa lei, muitos sindicalistas entraram e não tiveram a noção de governança, foi até perigoso, eles pegavam a pauta do conselho e iam para a base e perguntavam: - o que você acha que eu devo votar aqui? Terceirizavam a decisão deles. Eles têm independência devem estudar o assunto (RE 3).
>
> Muitos membros do conselho, diretores e gestores, enxergam-nos como - sindicalistas que só saberão reivindicar questões trabalhistas e não saberão atuar em distintas temáticas que serão deliberadas no Conselho".

Em outra pesquisa empírica, realizada no período de 2012 a 2016, em dissertação de mestrado no âmbito do Curso de Mestrado Profissional em sistema de gestão, da Escola de Engenharia da Universidade Federal Fluminense/UFF,

---

http://hdl.handle.net/11449/192957.

também foram registradas percepções político-sindicais nos processos eletivos da Petrobrás no período indicado.[48] A seguir alguns relatos dessas percepções:

> "as entrelinhas deixavam transparecer, em tom pejorativo, que a criação dessas vagas seria algo 'desenhado' para proporcionar uma remuneração extra para os amigos da corte.
>
> Acredito que um representante independente dos sindicatos fará com que milhares de funcionários colaborem sempre com ideias e discutindo a empresa visando a sua sobrevivência e continuidade. Hoje temos milhares de funcionários, dos mais antigos aos mais jovens, sem expressarem suas ideias, até mesmo pela duplicidade do sindicato no CA. Os sindicatos são importantíssimos, têm o nosso reconhecimento e sempre terão, mas já possuem o seu papel e o seu espaço. Discordâncias sempre existem e vão existir, mas precisamos de um representante dos funcionários de maneira geral, independente de qualquer entidade de classe ou sindicato, pois assim teremos mais uma fonte fomentadora de ideias que se somarão às demais, inclusive às dos sindicatos.
>
> Pelo tamanho da Petrobras, é muito difícil saber como escolher o representante. Assim, acabam obtendo vantagens os empregados apoiados por entidades sindicais. Tal apoio pode privilegiar aspectos políticos-ideológicos, em detrimento de conhecimentos técnicos para a função. São fatores críticos o processo de eleição, a divulgação de propostas e os pré-requisitos (capacitação) exigidos para o candidato, que deveriam ser similares aos dos demais Conselheiros.
>
> Um fator critico é a questão de representatividade, se de fato aquele representante traduz o pensamento da maioria. Uma ameaça é a de o processo

[48] MEIRA, Aline de Carvalho. **A inclusão do assento para o representante dos empregados em Conselhos de Administração e sua contribuição para um novo modelo de governança corporativa: o caso da Petrobras** – 2016. 159 f. Dissertação (Mestrado em Sistema de Gestão) – Universidade Federal Fluminense. Escola de Engenharia, Orientador: Prof. Dr. Emmanuel Paiva de Andrade. Disponível em https://app.uff.br/riuff/handle/1/3980

> ser ‘capturado’ por uma instituição que tem uma agenda política própria, com uma campanha forte.
> Um fator crítico é a disputa da posição pelas diferentes entidades sindicais. (...) Outro é a vantagem que os candidatos sindicalizados detêm em relação aos candidatos ditos ‘independentes’. (...) Outro ponto relevante é que muitos candidatos a conselheiro não conhecem profundamente os direitos e deveres relacionados à atuação."

Os relatos e percepções acima demonstram a vida como ela é: uma falta de compreensão do papel dos empregados eleitos para integrar o conselho de administração, revelando influência político-sindical tanto no processo eleitoral do empregado a ser eleito, como também no processo decisório dos votos a serem proferidos pelo mesmo no conselho de administração das estatais.

4.6. (in)segurança jurídica

A relevância da participação das estatais federais na economia e no mercado de capitais brasileiro pode ser constatada no Boletim das Empresas Estatais Federais (Boletim), trimestralmente divulgado pela Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (SEST) e a Secretaria de Desestatização, Desinvestimento e Mercados, do então Ministério da Economia, que reúne dados e informações das Empresas Estatais Federais (ultima edição divulgada no terceiro trimestre de 2022 - 3T22).[49]

De acordo com a edição nº 23 do Boletim, com informações do terceiro trimestre de 2022, são 130 estatais sob o controle acionário direto ou indireto da União, sendo 84 com controle indireto e 46 com controle direto. Dessas 130 estatais federais, 98 atuam nos setores produtivo e financeiro e estão presentes em diversas áreas: comunicações (ECT, Telebrás, entre outras), abastecimento (CONAB, Ceagesp, entre outras), Transportes (CBTU, Infraero, entre outras), área financeira (CAIXA, BB, BNDES, entre outras), Petróleo e Gás (Petrobrás e sua subsidiárias).

---

[49] Disponível em https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletim-das-empresas-estatais-federais/arquivos/boletim-das-empresas-estatais-federais-23a-edicao.pdf Acesso em 04/06/2023.

Do ponto de vista da dimensão dos recursos públicos envolvidos nas estatais federais, em 2022, o orçamento aprovado foi de R$ 91,25 bilhões. O resultado líquido das estatais federais, até o 3T22 alcançou o expressivo valor de R$ 209,7 bilhões. Quanto aos funcionários que atuam nas estatais federais, são 496 mil funcionários. As estatais de capital aberto com ações negociadas na B3 possuem valor de mercado de aproximadamente R$ 600 milhões.

Conforme visto anteriormente, logo após a edição da Lei das Estatais, ocorreram algumas indicações políticas-partidárias para cargos na administração das estatais, pronta e rapidamente vedadas pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

Na primeira ADI-5624, AGU e a PGR manifestaram-se pela constitucionalidade dos dispositivos da Lei da Estatais e teve longa tramitação até a apreciação do pedido cautelar, rejeitado quase dois anos após o seu ajuizamento.

Agora, na ADI-7331, além da mudança de entendimento da AGU e da PGR (agora defendem a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei da Estatais), também a apreciação e decisão do STF deu-se em menos de dois meses, nesse período incluídos o recesso de final de ano e as férias forenses.

As informações divulgadas pelo governo federal revelam a importância da participação das estatais federais na economia e no mercado de ações e, quando decisões judiciais envolvendo a indicação de ocupantes para a alta administração das estatais, são proferidas – ora para manter hígidas as regras da Lei das Estatais (como se verificou na apreciação liminar da ADI-5624) – ora para declarar a inconstitucionalidade dessas regras de impedimento e inelegibilidade por vinculação político-partidária e sindical (como se verificou na apreciação liminar da recente ADI-7331) – podem gerar incertezas e preocupações junto os seus acionistas, investidores e os *stakeholders*.

Fabio Ulhoa Coelho aborda a importância da previsibilidade das decisões judiciais na melhoria do ambiente dos negócios e para a formulação de um conceito de segurança jurídica. Após reconhecer que cada ramo jurídico ou, no máximo, cada grupo de ramos próximos, terá seu próprio conceito de segurança jurídica, o autor propõe que a segurança jurídica em matéria de direito comercial deve ser reduzida

inicialmente à previsibilidade das decisões judiciais; e, em seguida, à efetividade da alocação dos riscos. [50]

Para o autor, há investidores que estão à procura exatamente de ambientes de negócio mais arriscados; chamados de "arrojados", em contraposição àqueles que não estão dispostos a assumirem riscos excessivos, os "conservadores". Ambientes de negócios sem consistente segurança jurídica se mostram mais atraentes aos arrojados que praticam preços mais elevados, nos produtos ou serviços que oferece ao mercado, porque embutem uma taxa de risco associado à insegurança jurídica. Também há menos postos de trabalho, em prejuízo do nível dos salários e demais interesses dos trabalhadores.

Na medida em que os dispositivos de inelegibilidade da Lei das Estatais ora são mantidos pela Suprema Corte, como ocorreu na ADI-5624, e ora são liminarmente declarados inconstitucionais, como ocorreu na ADI-7331, permitindo-se a indicação de "agentes" (na expressão do autor da ação) com vínculos político-partidários, alguns deles com participação ativa da campanha eleitoral, para ocuparem altos cargos na administração das estatais de capital aberto, por exemplo, isso pode representar um retrocesso às boas práticas de governança introduzidas pela Lei das Estatais, pois "no âmbito das empresas estatais, no setor menos sujeito à transparência pública e ao escrutínio dos órgãos de controle da burocracia, que a conexão entre política, extração de recursos públicos e partidos é mais intensa [...]. Embora motivos econômicos perpassem as lutas de poder por todos os setores da Esplanada, sua intensidade varia e, no caso das estatais, assume uma relevância que acaba por se tornar epicentro dos mais amplos registros de corrupção organizada".[51]

A partir da edição da Lei das Estatais surgiram várias inciativas para contribuir para a restauração da relação de confiança entre investidores e estatais de capital aberto, como se verifica, por exemplo, no lançamento do Programa Destaque em Governança de Estatais pela B3, empresa que administra a Bolsa de Valores de São Paulo. Esse programa foi desenvolvido com o objetivo de incentivar essas empresas a aprimorar suas práticas e estruturas de governança corporativa, apresentando

---

[50] COELHO, Fabio Ulhoa. "A alocação de riscos e a segurança jurídica na proteção do investimento privado". **Revista de Direito Brasileira |** São Paulo, SP | v. 16 | n. 7 | p. 291 - 304 | jan./abr. 2017

[51] LOPEZ, F. G. (org.) **Cargos de confiança no presidencialismo de coalizão brasileiro**. Brasília: IPEA, 2011, p. 24.

medidas objetivas e concretas com o fim de colaborar para a redução de incertezas relativas à condução dos negócios à divulgação de informações, notadamente quanto à consecução do interesse público e seus limites, além do componente político inerente a essas empresas. Essa relação de confiança pode ficar comprometida com a interferência política na administração das estatais.

4.7. Um caminho a seguir

Há uma reflexão final a fazer. A decisão proferida na ADI-7331 referiu que a Lei 12.813/2013 "também pressupõe a existência de conflito de interesse no tocante a pessoas que tenham exercido cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal" admitindo que o prazo de desincompatibilização possa ser "desconsiderado se houver autorização expressa da Comissão de Ética Pública ou da Controladoria-Geral da União", permitindo a analise, no caso concreto.

A Lei 6404/76, que rege as sociedades por ações, também pressupõe situações de conflito de interesse e declara inelegível para o cargo de administração das companhias, aquele que "I - ocupar cargos em sociedades que possam ser consideradas concorrentes no mercado, em especial, em conselhos consultivos, de administração ou fiscal; ou II - tiver interesse conflitante com a sociedade" (conforme artigo 147, § 3º).

Mas essa presunção de conflito de interesse do indicado com a companhia não é absoluta e intransponível, podendo ser dispensada pela assembleia geral que eleger o administrador que, no caso concreto avaliará as circunstâncias e impactos dessas vinculações, por expressa autorização legal do citado dispositivo legal (§ 3º O conselheiro deve ter reputação ilibada, não podendo ser eleito, salvo dispensa da assembleia-geral, aquele que...), conforme acentuou Fabio Ulhoa Coelho: "Também não permite a lei a eleição para o conselho de administração de pessoa que ocupe cargos (de administrador, fiscal, membro de órgão consultivo ou qualquer outro, mesmo sob o regime trabalhista) em empresas concorrentes e tenha interesse

conflitante com os da companhia, a menos que a assembleia geral, de modo expresso, não se oponha (LSA, art. 147, § 3º)".[52]

Mutatis mutandis, em relação aos impedimentos que resultam em inelegibilidade por vinculação político-partidária e sindical, as circunstâncias e impactos dessas vinculações também poderiam ser avaliados pela assembleia geral que vier a eleger os indicados.

Exclusivamente para o exame desses impactos, deve ser adotado o sistema da votação em separado, conforme regra do 144, § 4º, excluindo-se da votação, a acionista controladora, a União Federal, por razões óbvias.

Assim, apenas os acionistas minoritários e preferencialistas – obedecido o quórum do § 5º do citado dispositivo legal – poderiam, no caso concreto, dispensar os impedimentos de vinculação político-partidária e reconhecer os benefícios e contribuições da experiência e da aptidão do candidato indicado pela União Federal, exigidas pelas boas práticas de governança nas empresas estatais.

Esta solução poderia conciliar, de um lado, os interesses da União em indicar pessoas qualificadas para compor a administração das estatais que tenham vinculações político-partidária e sindicais e, de outro, proteger o interesse social das estatais e os direitos dos acionistas minoritários e preferencialistas, a quem caberia, pelo sistema da votação em separado, a palavra final para avaliar as circunstâncias e impactos dessas vinculações e reconhecer os benefícios e contribuições da experiência e da aptidão do candidato indicado, exigidas pelas boas práticas de governança nas empresas estatais.

---

[52] COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, volume 2, direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 307.

28. PANORAMA DA ORDEM NORMATIVA E CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE NO BRASIL: ANÁLISE JURÍDICA DO PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DESDE A PROMULGAÇÃO DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL DE 2012 ATÉ A ADOÇÃO DE NOVA DIRETRIZ POLÍTICA AMBIENTAL NO BRASIL EM 2023

https://doi.org/10.36592/9786554600668-28

Géssica Moura Fonteles[1]

Sebastião Patrício Mendes da Costa[2]

INTRODUÇÃO

O secretário-geral das Nações Unidas – ONU, António Guterres, em 27 de julho de 2023, surpreendeu o mundo ao declarar à imprensa que

> "As alterações climáticas estão aqui. São aterradoras. E isto é apenas o início. A era do aquecimento global acabou. Começou a era da ebulição global".[3]

O chefe da ONU em declaração televisionada globalmente fez essa emblemática constatação acerca de uma nova era no cenário das alterações climáticas, utilizando o termo "ebulição" em clara alusão ao significado científico da palavra, relacionando-a com o globo terrestre, enquanto comentava acerca da probabilidade do mês de julho de 2023 ser considerado o mais quente na história global, afirmando categoricamente que "Para grandes partes da América do Norte,

---

[1] Mestranda do Programa de Mestrado em Direito, Democracia e Mudança Institucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí- UFPI. Advogada membro da Comissão de Direito à Saúde e Apoio ao Idoso da OAB Subseção Sobral-CE (2023). Colunista da Revista Carreiras TI (ISSN 2675-9454). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/3457134564281935 ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2096-6833. E-mail: gessicamouraadv@gmail.com

[2] Docente permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí PPGD/UFPI. Pós-doutorado em Direito Civil e Filosofia do Direito pela Universidade de Augsburg Alemanha. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Orcid: 0000-0002-2821-1235 E-mail: sebastiaocosta@ufpi.edu.br

[3] Agência Lusa- AG. **Guterres apresenta ao mundo uma nova era: chegou a ebulição global.** CNN Portugal. Publicada em 27 jul. 2023. Disponível em: https://cnnportugal.iol.pt/antonio-guterres/ebulicao/guterres-apresenta-ao-mundo-uma-nova-era-chegou-a-ebulicao-global/20230727/64c2d784d34e3ae5b8c422af Acesso em 31 jul. 2023.

da Ásia, de África e da Europa, este verão é cruel. Para o planeta inteiro, é um desastre".[4]

Além disso, António Guterres responsabilizou os humanos pela era da ebulição global e insistiu mais uma vez em seus apelos para os governantes ao redor do mundo se comprometam com a agenda climática definida na Agenda 2030 da ONU, alegando que "Ainda podemos evitar o pior. Mas, para isso, temos de transformar um ano de claro ardente em um ano de ambição ardente".[5]

Nesse contexto de grave preocupação acerca das mudanças climáticas no mundo, resultado de ações radicais dos setores industriais que promovem uma radical degradação ao meio ambiente, poluindo os oceanos e rios, desmatando as florestas e esgotando os recursos naturais, aliada à leniência governamental dos países do globo terrestre, o Brasil busca retomar sua política governamental voltada para a preservação da ecologia humana global.

Vale ressaltar que o Estado brasileiro inaugurou uma nova fase na ecopolítica nacional e internacional em janeiro de 2023. Com isso, o Brasil busca retomar as políticas públicas e a ordem normativa e constitucional na questão ambiental, após um período governamental (2012-2022) que fragilizou a política protecionista e promoveu de revisionismo legal dos preceitos ecológicos.

Dentre os anos de 2012 a 2022, quando foram mitigadas as políticas públicas ambientais e flexibilizado o ordenamento jurídico ambiental, as consequências socioambientais foram desastrosas, ocorrendo diversos desastres na esfera ambiental, no cenário nacional, como o rompimento da barragem de Mariana (2015), o incêndio na Chapada dos Veadeiros (2017), o derramamento de óleo no litoral do Nordeste e do Sudeste (2019), o rompimento da barragem de Brumadinho (2019) e o incêndio no Pantanal (2020) [6].

Diante dessa breve contextualização, o presente trabalho se destina a descrever a ordem normativa e constitucional de proteção ao meio ambiente no

[4] Idem, 2023.
[5] Idem, 2023.
[6] MARTINS, Jonas. **Dia do Meio Ambiente: 5 desastres ambientais recentes para não esquecer (ou repetir).** Correio Braziliense. Brasília-DF. Publicada em 05 jun. 2021. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2021/06/4929070-dia-do-meio-ambiente-5-desastres-ambientais-recentes-para-nao-esquecer--ou-repetir.html Acesso em 31 jul. 2023.

Brasil durante o período de 2012 a 2023 e analisar o papel do Supremo Tribunal Federal nesse cenário, à luz da teoria *jusfundamentalista* do direito à proteção ao meio ambiente, através da revisão bibliográfica das obras jurídicas de autoria de um dos maiores juristas brasileiros, o Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet.

1. MOVIMENTO AMBIENTALISTA (ECOLÓGICO) ORIUNDO DA ÉPOCA GEOLÓGICA ANTROPOCENA

Importante ressaltar que analisaremos neste tópico apenas o segundo movimento ecológico (ou ambientalista) por ter sido esse movimento que resultou na conjuntura conceitual e estrutural da segurança ambiental, por volta da década dos anos 1980, apenas mencionando que tivemos outros três movimentos relacionados à proteção ambiental, sendo o primeiro o movimento conservacionista, o terceiro e posterior ao objeto deste estudo, o movimento pelos direitos e bem-estar dos animais e o quarto e mais recente movimento pelos direitos da Natureza.[7]

O movimento ambientalista ou ecológico surgiu a partir da década de 1960. Considerado mais avançado que o movimento conservacionista, o movimento ambientalista intensificou e aprofundou os valores ecológicos no meio social, além de ampliar a compreensão acerca da ecologia, tornando a luta ambientalista mais complexa em razão do 'fortalecimento e a disseminação nas relações sociais de uma perspectiva ética capaz de reconhecer o valor da Natureza e dos elementos naturais independentemente do proveito econômico para o ser humano.'[8]

Nesse sentido, importa esclarecer que a crise ecológica, decorrente do 'esgotamento e degradação dos recursos naturais e, consequentemente, pelo comprometimento da qualidade, da segurança e do equilíbrio ecológicos em escala planetária' [9] , responsável pela eclosão dos movimentos ambientalistas aqui narrados, surgiu no contexto do 'término da *Época Geológica do Holoceno (ou*

---

[7] SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental.** Barueri-SP: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643783. pág. 47. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643783/ . Acesso em: 31 jul. 2023.
[8]SARLET e FENSTERSEIFER, 2022, pág. 50.
[9] SARLET e FENSTERSEIFER, 2022, pág. 21.

Holocênico) e o início da nova Época Geológica do Antropoceno.' [10] A termo Antropoceno é utilizado no sentido de que o comportamento de uma única espécie, no caso a espécie humana, está causando a dizimação da vida selvagem e da biodiversidade global, levando 'sexta extinção em massa de espécies[11], em pleno curso na atualidade.'[12] 'O início do Antropoceno é identificado por alguns autores a partir do período que se seguiu após o fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) até os dias atuais, denominado como "A Grande Aceleração" (*The Great Acceleration*).'[13]

Nesse contexto de agravamento da poluição, a degradação e crescente ameaça de esgotamento dos recursos naturais todos causados pela progressiva industrialização dos países desenvolvidos, entre as décadas de 1960 e 1970, o movimento ambientalista ou ecológico surgiu e consolidou os 'valores ecológicos no âmbito comunitário e a disseminação de grupos sociais articulados em torno da sua defesa, tanto no cenário norte-americano quanto no europeu-ocidental'.[14] Sob tal ambulação, Sarlet e Fensterseifer (2022) esclarecem que

> "O movimento ambientalista, em termos gerais, surge em decorrência das novas situações de risco postas pela sociedade moderna, inclusive no tocante à perpetuação da espécie humana, situação que não se verificava com tal intensidade antes da década de 1960. Conforme assinala Sergio B. Tavolaro, a respeito do surgimento do movimento ambientalista moderno, 'há, aqui, uma luta frente ao temor de que a poluição, o uso exagerado da mecanização agrícola e de agrotóxicos, a destruição das florestas, da biodiversidade, possa trazer enormes constrangimentos às bases físico-orgânicas da vida humana. Essas situações de alto risco são próprias de um momento em que a avançada sociedade moderna atingiu um nível tal de desenvolvimento das forças

---

[10] CRUTZEN, Paul J. Geology of Mankind: the Anthropocene. Nature, v. 415, p. 23, jan. 2002. *Apud* SARLET e FENSTERSEIFER, 2022, pág. 19.

[11] KOLBERT, Elizabeth. The Sixth Extinction: an Unnatural History. New York: Henry Holt, 2014. *Apud* SARLET e FENSTERSEIFER, 2022, pág. 19.

[12]SARLET e FENSTERSEIFER, 2022, pág. 19.

[13] STEFFEN, Will et al. The Anthropoceno: conceptual and historical perspectives. Philosophical Transactions: Mathematical, Physical and Engineering Sciences (Royal Society), v. 369 (The Antropocene: a new epoch of geological time?), n. 1938, p. 849-853, mar. 2011. Apud SARLET e FENSTERSEIFER, 2022, pág. 20.

[14] SARLET e FENSTERSEIFER, 2022, pág. 51.

> produtivas, proporcionado pelo avanço do conhecimento técnico-científico, que se sentem as ameaças de sua continuada dinâmica. No limite, há a preocupação de que essa dinâmica ponha em risco a própria perpetuação da espécie humana no globo terrestre, já que se caminha para a exaustão dos recursos naturais e da capacidade regenerativa dos ecossistemas'."[15]

Em resposta aos movimentos sociais defensores do meio ambiente emergidos na década de 1960, o governo do Estados Unidos da América edita seus diplomas legislativos mais significativos referente à proteção ecológica, como a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei do Ar Limpo, Lei da Agência de Proteção Ambiental, Lei da Água Limpa, todas promulgadas em 1970 e a Lei das Espécies Ameaçadas em 1973, inaugurando assim o Direito Ambiental norte-americano, promovendo uma grande influência internacional acerca da necessidade da criação de dispositivos legislativos relacionados à proteção do meio ambiente [16], especialmente inspirando a consagração da Declaração de Estocolmo na 1ª Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo na Suécia, em 1972. A Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente fora o primeiro regulamento internacional sobre a proteção do ecossistema global, considerado um marco jurídico mundial no direito ambiental. Posteriormente fora instituído pela Organização das Nações Unidas – ONU o Programa das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente – PNUMA, um organismo institucional responsável pela coordenação de atividades da ONU nas questões ambientais, de modo a exercer o papel de zelar pela implementação da agenda propositiva definida para a proteção do meio ambiente.[17]

As entidades ambientalistas mais relevantes no cenário internacional, como o Greenpeace, o *World Wide Fund for Nature* – WWF, *Internacional Union of Conservation of Nature* – IUCN, *Friends of the Earth* (Amigos da Terra) e *Conservation*

---

[15] TAVOLARO, Movimento ambientalista e modernidade..., p. 42. Apud SARLET e FENSTERSEIFER, 2022 pág. 51.
[16] SARLET e FENSTERSEIFER, 2022, pág. 51.
[17] GURSKI, Bruno; GONZAGA, Roberto; TENDOLINI, Patrícia. Conferência de Estocolmo: um marco na questão ambiental. **Administração de Empresas em Revista**, [S.l.], v. 1, n. 7, p. 65-79, dez. 2012. ISSN 2316-7548. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/466/356>. Acesso em: 30 jul. 2023.

International (Conservação Internacional) surgiram por conta do movimento ecológico da década de 1970, sendo estas entidades responsáveis pela disseminação mundial das questões ambientais, realizando campanhas e ações de notoriedade no cenário internacional, o que acarretou na permanência do debate ambiental na pauta política e jurídica internacional.[18]

A partir da década de 1980 a defesa do meio ambiente ficou mais fortalecida no cenário político, tendo relevância consolidada quando o movimento social ecológico criou um partido político na Alemanha, denominado Partido Verde, o que trouxe para a articulação política alemã e representação parlamentar na luta ambiental, fazendo com que o movimento social pela defesa ecológica migrasse para a esfera política. O Partido Verde alemão se fundou com uma ideologia pautada na luta por justiça social, proteção ecológica, democracia de base e não violência. [19]

O movimento ambientalista no Brasil também fundou um partido político em janeiro de 1986, também denominado Partido Verde – PV, inclusive no Estatuto fundacional do partido, em seu § 1º do art. 1º, há menção da existência de diversos partidos verdes em outros países pelo que o Partido Verde brasileiro também poderia ser denominado como 'OS VERDES e OS VERDES DO BRASIL'.[20]

Em 1983, a ONU criou uma nova comissão para tratar o tema do Meio Ambiente com ênfase na promoção do desenvolvimento econômico em sintonia com a preservação ambiental, no cenário de cooperação internacional: a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – CMMAD, também denominada Comissão de Brundtland,[21] em alusão ao nome da presidente da comissão e líder internacional na área do desenvolvimento sustentável e da saúde pública, à época primeira-ministra norueguesa, Gro Harlem Brundtland.[22]

Em 1987, a Comissão de Brundtland publica o Relatório Brundtland, também denominado *Relatório Nosso Futuro Comum*, fruto da cooperação internacional em

---

[18] SARLET e FENSTERSEIFER, 2022, pág. 52.
[19] SARLET e FENSTERSEIFER, 2022, pág. 54.
[20] PARTIDO VERDE. **ESTATUTO DO PARTIDO VERDE.** Aprovado em 23 fev. 2019, Convenção Nacional do Partido Verde. Brasília-DF. Disponível em: http://pv.org.br/wp-content/uploads/2019/04/tse-estatuto-pv-26-06-2020.pdf Acesso em 30 jul. 2023.
[21] GURSKI et al. 2012, pág. 73-74.
[22] **Gro Harlem Brundtland.** Fronteiras do Pensamento. 2023. Disponível em: https://www.fronteiras.com/descubra/pensadores/exibir/gro-harlem-brundtland Acesso em 30 jul. 2023.

promoção da preservação ambiental. O *Relatório Nosso Futuro Comum* redefiniu a problemática ambiental conceituada até a época, relacionada apenas à questão ecológica da Natureza, trazendo a nova concepção de ecologia humana, cuja centralidade do conceito remonta a existência humana condicionada à existência do meio ambiente.[23]

Nesse contexto, o Relatório Brundtland conceitua pela primeira vez o desenvolvimento sustentável, definindo como "aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades".[24]

Embora o *Relatório Nosso Futuro Comum* tenha apresentado um novo contorno econômico para as questões ambientais, por meio da concepção do desenvolvimento sustentável, de caráter significativo para o desenvolvimento de sistemas de gerenciamento ambiental, impulsionando o crescimento do ativismo ecológico e a produção científica em matéria de Economia Ecológica, houve também críticas ao documento, principalmente porque o relatório menciona um relação direta dos problemas ambientais com o desenvolvimento econômico do país, levando-se a crer que basta reduzir a pobreza nos países em desenvolvimento para solucionar os problemas ambientais, o que na concepção de Machado (2005) não assiste razão, pois não basta apenas a redução da desigualdade econômica entre os países, mas também é necessário mudar o modelo desenvolvimentista dos países industrializados, pois mantido modo de produção destes países a longo prazo, o meio ambiente entrará em colapso.[25]

Imperioso ressaltar também que o *Relatório Nosso Futuro Comum* apresenta as expressões *Peace, Security, Development and the Environment*, que em tradução nossa para português significa paz, segurança, desenvolvimento e ambiente, demonstrando assim que

---

[23] GURSKI et al. 2012, pág. 74.

[24] COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum**. 2ª edição. Editora da Fundação Getulio Vargas. Rio de Janeiro – RJ. 1991. Pág. 46.

[25] MACHADO, V. F. A Produção do Discurso do Desenvolvimento Sustentável: de Estocolmo à Rio-92. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília. Centro de Desenvolvimento Sustentável. 2005, 328 p. Apud. GURSKI et al. 2012, pág. 75-76.

> "...o stress ambiental raramente é a única causa de grandes conflitos internos e externos. No entanto, esses problemas podem surgir da marginalização setorial, ou seja, a população e os fatores subsequentes como a violência. Isso ocorre quando os processos políticos são incapazes de lidar com os efeitos do estresse ambiental resultante, por exemplo, da erosão e desertificação. Desse modo, stress ambiental pode, assim, ser um denominador importante na teia de causalidades associadas a qualquer conflito (...).[26]

Dessa forma, o Relatório de Brundtland representa um novo marco regulatório na temática da Segurança Ambiental, no cenário internacional, pois o tratado recomendou claramente que as crises ambientais fossem incluídas na agenda de Segurança Nacional de todos os Estados, pois as transformações ambientais são uma ameaça ao bem-estar nacional e causam instabilidade internacional.[27]

O presente tópico abordou o movimento ambientalista (ou ecológico) que eclodiu entre as décadas de 1960 e 1970 e foi responsável pelas mudanças políticas mais significativas na esfera da ecológica internacional do século XX. No próximo tópico apresentaremos o movimento ambientalista brasileiro que se desenvolveu concomitante ao movimento internacional e sua evolução histórica até a nova ordem constitucional brasileiro de 1988.

2. MOVIMENTO AMBIENTALISTA BRASILEIRO ANTERIOR À CF/1988

O presente tópico se destina a tecer considerações acerca do surgimento do movimento ambientalista em meados da década de 1970 e sua evolução histórica até a norma ordem constitucional de 1988, responsável pela consolidação da proteção ao meio ambiente como direito fundamental e dever jurídico do Estado e da coletividade na preservação ambiental.

No Brasil o movimento ecológico surgiu na década de 1970 por influência dos movimentos europeus e norte-americano, especialmente após a criação das

---

[26] RODRIGUES, Letícia. **Mineração ilegal e segurança ambiental em regiões amazônicas**. Diadema: V&V Editora, 2020. 190 p. pág. 29. Disponível em: https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/599193/3/Rodrigues%20%20Minera%C3%A7%C3%A3o%20ilegal%20e%20Seguran%C3%A7a%20Ambiental.pdf Acesso em 31 jul. 2023.

[27] Idem, 2020, pág. 39 e 43.

entidades ecológicas como Greenpeace e WWF que disseminaram a luta ambiental em diversos países ao redor do mundo. Entretanto, imperioso destacar que o movimento conservacionista, anterior ao ecológico, cuja centralidade de seus valores estava voltada para a proteção animal e natureza, de forma menos incisiva e revolucionária que o movimento ambientalista, deixou frutos que contribuíram significativamente para a consagração dos movimentos ecológicos da década de 1970 no Brasil, como a Fundação Brasileira para a Conservação da Natureza – FBCN, criada em 1958, formada por cientistas, políticos e jornalistas.

A FBCN apoiou e contribuiu na estruturação dos movimentos ambientalistas no Brasil quando eles emergiram na década de 1970, através da publicidade científica promovida através do *Boletim Informativo*, que divulgava artigos sobre as diversas facetas da questão ambiental. Posteriormente, aliados da Marinha brasileira também aderiram à FBCN, cuja participação ajudou em importantes lutas ambientais do período, como a campanha mundial de extinção da caça de baleias, fortalecendo o papel social e político dos movimentos ecológicos nacionais da década 1970.

Um ambientalista desse movimento ecológico da década 1970 que teve relevante participação e liderança na defesa ecológica, estando inclusive à frente da FBCN durante a emergência dos movimentos ambientalistas, foi o professor Paulo Nogueira Neto. Em razão da sua notável formação em Direito e História Natural e sua experiência na pauta ambiental comandou a Secretaria Especial do Meio Ambienta do Governo Federal -SEMA no Brasil, criada em 1973, após a Conferência de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano da ONU.[28] Paulo Nogueira Neto também contribuiu diretamente na construção do ordenamento jurídico ambiental brasileiro entre a década de 1970 e a CF/1988, com especial contribuição para o primeiro diploma legal sobre meio ambiente, a Lei nº 6.938, de 1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA. O ambientalista Nogueira Neto teve também destaque no cenário ambiental internacional, participando como membro brasileiro na Comissão Bruntland durante o período de 1983 a 1987, quando fora publicado o

---

[28] FONSECA, Vera Lucia. A trajetória de um ambientalista, Paulo Nogueira Neto, revisitada no centenário de seu nascimento. Jornal da USP. Publicada em 19 abr. 2022. Universidade de São Paulo – USP. São Paulo-SP. Disponível em: **https://jornal.usp.br/artigos/a-trajetoria-de-um-ambientalista-paulo-nogueira-neto-revisitada-no-centenario-de-seu-nascimento/** Acesso em 30 jul. 2023.

*Relatório Nosso Futuro Com*um, documento elaborado com sua contribuição para a Eco-92.[29]

Imperioso ressaltar que o movimento ambientalista brasileiro surgiu durante o regime de ditadura militar (1964-1985), um governo declaradamente antiecológico, inclusive na Conferência de Estocolmo de 1972, o Brasil externou mundialmente sua postura contrária aos valores ecológicos, alegando que o Estado brasileiro tinha propósitos políticos e econômicos de desenvolvimento industrial, portanto, a questão ambiental era contrária as políticas governamentais do regime ditatorial vigente à época. Dessa forma, os movimentos ecológicos sofreram forte repressão militar, prejudicando a disseminação e fortalecimento dos valores ecológicos perante a comunidade brasileira.[30]

Vale destacar as mais importantes lutas ambientais que o movimento ecológico brasileiro enfrentou no cenário nacional até a promulgação da CF/1988. A primeira delas foi a luta contra a energia nuclear, na década de 1970, quando o governo ditatorial brasileiro construiu as usinas nucleares de Angra I e Angra II. O movimento ecológico brasileiro foi importante na elaboração de medidas legislativas que restringissem e até abolissem as atividades nucleares no país. A segunda luta ambiental relevante foi relacionada à poluição e degradação ambiental causada pela política desenvolvimentista de industrialização do Brasil, em especial na Região Sudeste. Outra luta ambiental importante foi contra a construção da Hidrelétrica de Itaipu, que destruiria a Sete Quedas do Rio Paraná, que era considerada a maior cachoeira em volume d'água do mundo.[31] O movimento ambiental perdeu essa luta, pois em 1982 as Sete Quedas foram destruídas para construção da usina hidrelétrica. Embora o movimento ecológico tenha fracassado nesta luta ambiental, este embate

> "possibilitou a articulação e o fortalecimento do movimento ambientalista, mobilizado por meio de uma campanha de expressão nacional, congregando

---

[29] SARLET e FENSTERSEIFER, 2022, pág. 57.
[30] SARLET e FENSTERSEIFER, 2022, pág. 58.
[31] POSTADO, Natália Becattini. **Sete Quedas: como a maior cachoeira do mundo desapareceu.** 360meridianos. Publicado em 13 jul. 2020. Atualizado em 15 jun. 2022. Disponível em: https://www.360meridianos.com/especial/sete-quedas-itaipu Acesso em 30 jul. 2023.

> diversas entidades ecológicas, de diferentes rincões do País, em prol de uma causa ecológica comum. De modo simbólico, os diversos grupos ambientalistas envolvidos com a defesa das Sete Quedas, já cientes de que o fechamento das comportas da hidrelétrica e o preenchimento do reservatório ocorreria em setembro de 1982, realizaram, em julho daquele ano, o denominado *Quarup* Adeus Sete Quedas, que reuniu, durante três dias, cerca de 3.000 ambientalistas num grande acampamento, apresentando uma nova forma (pacífica) de atuação política.49 O evento teve ampla projeção nacional, com grande divulgação na mídia e mobilização social no país inteiro."[32]

Imperioso ressaltar que o movimento ambientalista em defesa da Floresta Amazônica iniciou por volta do final da década de 1970 e início de 1980, tendo como protagonista nessa luta ambiental de projeção internacional o premiado e mundialmente reconhecido ambientalista brasileiro Chico Mendes, que verificando um intenso e acelerado desmatamento da floresta amazônica com finalidade de ampliar a agropecuária na Região Norte do Brasil

> "junto ao movimento local dos seringueiros, desenvolveu práticas pacíficas de resistência para defender a floresta. Como exemplo simbólico de luta do povo da floresta, destaca-se o chamado "empate", inclusive como típico exemplo de ação direta promovida pelo movimento popular dos seringueiros, consistente em prática de desobediência civil. Conforme descrito pelo próprio Chico Mendes, 'no empate a comunidade se organiza em mutirão, sob a liderança do sindicato, e se dirige à área que será desmatada pelos pecuaristas. A gente se coloca diante dos peões e jagunços com as nossas famílias – mulheres, crianças e velhos – e pedimos para eles não desmatarem e se retirarem do local'. A sua luta contra a devastação das florestas chamou a atenção do mundo, notadamente com a sua morte violenta, ocorrida em 22 de dezembro de 1988, que se deu após inúmeras ameaças de morte recebidas e ignoradas pelas autoridades brasileiras.
>
> A luta de Chico Mendes pela preservação da Amazônia o tornou mundialmente reconhecido, tendo sido, inclusive, premiado pela ONU em certa oportunidade. O movimento seringueiro por ele liderado objetivava a consolidação de práticas

[32] SARLET e FENSTERSEIFER, 2022, pág. 90.

> sustentáveis de uso dos recursos naturais amazônicos, como, por exemplo, a criação de reservas extrativistas, de modo a combater o avanço das fronteiras agrícolas e pecuárias sobre a área florestal, o que, consequentemente, conduzia ao desmatamento da floresta e destruição dos recursos naturais."[33]

Importa registrar que o movimento ambientalista brasileiro é multifacetado, sendo formado por entidades ecológicas dos mais diversos segmentos da sociedade, sendo algumas entidades de cunho mais científico, sendo outras entidades de propensão de movimentos mais populares da sociedade. [34] A diversidade ideológica dos movimentos ecológicos nacionais se justifica na própria biodiversidade do território brasileiro, pois se trata de um país de área continental, abrangendo um bioma rico e diverso de flora e fauna, tendo distintos climas e vegetações em uma mesma região.

À luz disso, surgiu no Brasil o movimento socioambientalista, também denominado de movimento ecológico multissetorial, cuja característica principal era a integração entre organizações não governamentais – ONGs, movimentos sociais e sindicatos em prol da incorporação da temática ambiental no seio comunitário, incluindo

> '1) movimento dos seringueiros; 2) movimentos indígenas; 3) movimento dos trabalhadores rurais sem-terra; 4) movimento dos atingidos por barragens; 5) setores dos movimentos dos moradores e comunidades de bairro; 6) movimentos pela saúde ocupacional, composto por ativistas sindicais e médicos sanitaristas; 7) setores do movimento estudantil; 8) movimentos de defesa do consumidor; 9) movimentos pacifistas; 10) grupos para o desenvolvimento do potencial humano (homeopatia, ioga, escolas alternativas etc.); 11) setores do movimento feminista; 12) movimentos e sindicatos dos trabalhadores urbanos. Enfim, um setor cada vez mais importante das organizações não governamentais de desenvolvimento social e apoio aos movimentos sociais.'[35]

---

[33] SARLET e FENSTERSEIFER, 2022, pág. 92.
[34] SARLET e FENSTERSEIFER, 2022, pág. 96.
[35] VIOLA, Eduardo J.; LEIS, Hector R. **A evolução das políticas ambientais no Brasil, 1971-1991: do bissetorialismo preservacionista para o multissetorialismo orientado para o desenvolvimento sustentável.** In: HOGAN, Daniel Joseph; VIEIRA, Paulo Freire (Org.). Dilemas socioambientais e

Sendo assim, o movimento socioambiental vinculou uma forte articulação entre os direitos sociais e a proteção ao meio ambiente, cuja dimensão da conformidade entre a dignidade da pessoa humana está diretamente relacionada à proteção ecológica resultou em um novo paradigma jurídico socioambiental, consagrando a proteção ao ambiente como um direito fundamental na CF/1988, inclusive fora objeto de um capítulo próprio na nova ordem constitucional brasileira, sendo o novo *status* constitucional brasileiro, fundado na ecologia humana, prestigiado mundialmente.[36]

Nesse cenário, o próximo tópico analisará a conjuntura normativa constitucional brasileiro que atribuiu status de direito fundamental ao dever de proteção ao meio ambiente.

3. DEVER CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E A CONSTRUÇÃO DE *STATUS* DE DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal do Brasil de 1988 instituiu um novo modelo de Estado de Direito, denominado como Estado Democrático, Social e Ecológico de Direito - EDSE, que centralizou como valores, princípios e direitos o meio ambiente.[37]

Esse modelo contemporâneo de Estado de Direito agrega aos modelos anteriores uma dimensão ecológica na salvaguarda da dignidade da pessoa humana, cujo compromisso do EDSE é combate e prevenção dos riscos e degradação ecológica. O EDSE é um marco jurídico-constitucional no cenário ecológico, cujo propósito se direciona a uma integração entre os direitos sociais e os direitos ecológicos de modo que eles sejam um único projeto jurídico-político de desenvolvimento humano de forma sustentável, pelo que Sarlet e Fensterseifer (2022) justificam 'inclusive pela perspectiva da noção ampliada e integrada dos

desenvolvimento sustentável. 2. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 1995. p. 88-89. *Apud*. SARLET e FENSTERSEIFER, 2022, pág. 96.

[36] SARLET e FENSTERSEIFER, 2022, pág. 97.

[37] SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. **Governança judicial ecológica e direitos ambientais de participação.** [São Paulo-SP]: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555597899. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597899/. Acesso em: 27 jul. 2023.

direitos fundamentais socioambientais ou direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA)'[38].

O Estado brasileiro adotou uma nova formatação ecológica, pautada na noção de desenvolvimento sustentável formulada por Gerd Winter, cuja estrutura se concentra em três pilares centrais de suporte: o econômico, o social e o ambiental[39].

Em vista disso, o constitucionalismo ecológico baseado no desenvolvimento sustentável disposto pro Winter é verificado em toda a extensão normativa da Constituição Federal de 1988 – CF/1988,

> "facilmente apreensível do somatório entre o objetivo constitucional de erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, I e III), o estabelecimento de uma ordem econômica sustentável (art. 170, VI) e o dever de tutela ecológica atribuído ao Estado e à sociedade (art. 225)"[40].

A partir desse novo regime jurídico-constitucional ecológico edificado pela CF/1988 que atribuiu ao direito ao meio ambiente a condição de direito fundamental do indivíduo e da coletividade, vinculando os todos os poderes republicanos brasileiros, ou seja, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a proteção ao meio ambiente foi consagrada constitucionalmente em nosso ordenamento jurídico com uma dupla funcionalidade, sendo tanto um dever estatal quanto um direito e dever fundamental do indivíduo e da coletividade, de modo que o Estado brasileiro deve garantir a efetividade do direito fundamental ecológico por todos os meios, seja legislativo, administrativo ou judicial[41].

Nesse sentido, o artigo 225 da CF/1988 possui um extenso rol de natureza exemplificativa acerca dos deveres de proteção ecológica vinculantes ao Estado-Administrador, o Estado-Legislador e Estado-Juiz. Em vista disso, os entes estatais que agirem ou se omitirem perante as questões de proteção ao meio ambiente incorrerão em atos inconstitucionais ou antijurídicos que autorizam a sua

[38] SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental.** [Barueri-SP]: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643783. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643783/ . Acesso em: 29 jul. 2023.
[39] Idem, pág. 299, 2022.
[40] Idem, pág. 299, 2022.
[41] Idem, pág. 11, 2021.

responsabilização ampla e irrestrita aos danos causados aos indivíduos e a coletividade, incluindo a perspectiva do próprio meio ambiente como sujeito de direitos[42].

Para o cumprimento do dever constitucional de proteção ao meio ambiente pelos Municípios, Estados, Distrito Federal e União, a CF/88 tratou de dispor em seu capítulo acerca da organização político-administrativa que os entes federativos tem competência comum na proteção ecológica (art.23)[43], bem como em todo o cenário de desenvolvimento sustentável. A competência comum se reveste também de responsalização comum a todos e solidária pelos danos cometidos em razão do descumprimento ao preceito constitucional de proteção ao meio ambiente e combate a qualquer forma de poluição, além do dever de preservação das florestas, fauna e flora[44].

Em consonância com princípio constitucional de dever de proteção ao meio ambiente está o princípio da proibição de proteção insuficiente ou deficiente dos direitos fundamentais, cuja coesão entre esses princípios fortalece a noção do Estado de Direito Ecológico , pois além do dever de atuação comissiva na conjuntura política, econômica e jurídica do entes federativos na proteção ambiental, há também a vedação à omissão no seu dever jurídico de atuação ou insuficiência na proteção ao direito fundamental ecológico. Nessa perspectiva o princípio da proibição de proteção insuficiente ou deficientes dos direitos fundamentais impõe uma proteção adequada e suficiente em matéria ambiente seja em medidas legislativas e administrativas, como também no controle judicial, exigindo de todos os agentes públicos de todas as esferas da organização do Estado brasileiro, um papel ativo e determinante na efetividade da proteção ecológica nos moldes normativo-constitucional[45].

Sarlet e Fensterseifer (2022), analisando o disposto constitucional transcrito no art. 225 da CF/1988, verificam que o direito constitucional de proteção ao meio

---

[42] Idem, pág. 299, 2022.
[43] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 29 jul. 2023.
[44] SARLET e FENSTERSEIFER, 2022, pág. 299.
[45] SARLET e FENSTERSEIFER, 2022, pág. 300.

ambiente obteve um caráter de direito fundamental da pessoa humana, pois vinculou a proteção ecológica a atuação estatal e também a sociedade, de modo que a tutela efetiva do meio ambiente é um objetivo estatal, devendo ser cumprindo por todos os entes. Nessa lógica,

> "Luís Roberto Barroso destaca a caracterização constitucional (art. 225) do meio ambiente como um bem jurídico-constitucional autônomo, configurando-se, portanto, um 'novo' direito autônomo conferido a toda a coletividade. O constitucionalista e atual Ministro do STF afirma que, no caso do direito ao meio ambiente, não se está diante de típico direito subjetivo (divisível, particularizável ou desfrutável individualmente), mas de um direito que se caracteriza por trazer como titulares uma série indeterminada de sujeitos, bem como a indivisibilidade de seu objeto. No entanto, hão que se ponderar as considerações de Barroso, de modo a afirmar também uma dimensão subjetiva individualizável da tutela ambiental (o que será mais bem desenvolvido adiante no tópico sobre a titularidade e a dimensão subjetiva do direito ao meio ambiente), não obstante a dimensão mais importante e característica do direito ao meio ambiente residir, de fato, na sua natureza difusa e transindividual, o que justamente o diferencia, em alguma medida, dos demais direitos fundamentais de primeira e segunda dimensões"[46].

Vale ressaltar que o direito ao meio ambiente é considerado um direito social em sentido amplo, pois este direito interessa a toda a sociedade e coletividade em razão de "sua natureza preponderantemente difusa e transindividual do seu objeto"[47].

Para melhor compreensão da *jusfundamentalidade* que pacificou a jurisprudência brasileiro acerca do reconhecimento do direito ao meio ambiente como direito fundamental, mesmo estando seu dispositivo constitucional (art.225) fora do rol definido taxativamente no título normativo dos direitos e garantias fundamentais, é necessário entender a perspectiva da fundamentalidade do direito ambiental sob a ótica material, cuja análise se concentra no conteúdo do direito

[46] SARLET e FENSTERSEIFER, 2022, pág. 303.
[47] SARLET e FENSTERSEIFER, 2022, pág. 304.

protegido e a importância deste direito para os valores fundamentais presentes na CF/1988.[48]

Nesse sentido, Mendes e Branco (2022) afirmam que

> "Não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça."[49]

Portanto, a partir da constatação material de que a existência do meio ambiente resulta na existência humana, visto que havendo lesão ecológica, seja por contaminação de rios que abastecem uma comunidade ou desmatamento de florestas que auxiliam na manutenção das temperaturas normais do clima, há detrimento de toda a coletividade, justifica-se a inclusão do direito ao meio ambiente no rol de direitos e garantias fundamentais.[50]

Ante a breve exposição acerca da consagração do direito ao meio ambiente como fundamental na ordem normativa-constitucional do Brasil, por ser um direito social amplo e de interesse de toda a coletividade, observa-se a importância do cumprimento pelos entes federativos dos princípios de dever constitucional de proteção ao meio ambiente e de proibição da proteção insuficiente ou deficiente dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, o próximo tópico retratará o cenário da ecopolítica brasileira adotada entre os anos de 2012 e 2023 e o papel do Poder Judiciário, representado

---

[48] SARLET e FENSTERSEIFER, 2022, pág. 304.

[49] MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de direito constitucional (Série IDP. Linha doutrina)**. São Paulo-SP: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620506. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620506/ . Acesso em: 31 jul. 2023.

[50] SARLET e FENSTERSEIFER, 2022, pág. 304.

através da Suprema Corte brasileira na defesa do direito fundamental ao meio ambiente.

O marco temporal discutido no presente trabalho será a partir da promulgação do Novo Código Florestal até a decisão do Supremo Tribunal Federal-STF suspendendo a presunção da legalidade do ouro adquirido de boa-fé em maio de 2023.

4. PANORAMA DA ORDEM NORMATIVA E CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE NO BRASIL ENTRE 2012 E 2023 E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

O presente tópico se destina a analisar o papel determinante do Supremo Tribunal Federal – STF, enquanto guardião da ordem constitucional brasileira, durante o período 2012 a 2023, considerado o marco nacional de maior revisionismo normativo em matéria ambiental pós CF/1988.

Dessa forma, analisaremos no presente estudo dois dispositivos normativos de grande importância em matéria ecológica no Brasil, cuja temática fora objeto de apreciação pelo STF: Novo Código Florestal de 2012 (Lei nº 12.651/2012) e a Lei da presunção da legalidade do ouro adquirido e boa-fé de adquirente (art. 39, Lei nº 12.844/2013).[51]

4.1. Novo Código Florestal de 2012

O Estado brasileiro, no período de 2012 a 2022, adotou políticas públicas que flexibilizaram o controle e fiscalização ambiental, fragilizando o sistema normativo e constitucional de proteção ampla e irrestrita ao direito fundamental individual e coletivo à um meio ambiente equilibrado, violando assim o seu dever constitucional elencado no art. 225 da Constituição Federal de 1988.

[51] **O STF e o meio ambiente.** Portal do Supremo Tribunal Federal. Brasília-DF. 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/listagem/listarNoticias.asp?dataDe=05%2F06%2F2023&dataA=30%2F06%2F2023&origem=&termoPesquisa=especial+meio+ambiente Acesso em 31 jul. 2023.

A primeira mudança significativa na ordem normativa ambiental durante o período estudado foi a criação do Novo Código Florestal, através da promulgação da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012.

O Novo Código Florestal de 2012 promoveu uma alteração significativa no padrão protecionista ambiental brasileiro, em total contraste com o dever constitucional do Poder Público de garantir a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois a lei infraconstitucional fragilizou de forma drástica a proteção do meio ambiente ao anistiar desmatadores, perdoar multas e desobrigar os proprietários de terras a recuperar as áreas de risco e florestas nativas, além de demarcar novos limites das Áreas de Proteção Permanente – APP, reduzindo estas áreas às margens de cursos d'água, o que representa uma ameaça a proteção da biodiversidade e recursos hídricos pois prejudica o desassoreamento dos rios.[52]

Nesse contexto, o novo marco regulatório de proteção da flora e vegetação nativa nacional fora objeto de um conjunto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI 4901, 4902, 4903 e 4937 e de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC 42 perante o STF, todas elas propostas em 2013 e cuja relatoria ficou a cargo do Ministro Luiz Fux. As ADIs 4901, 4902, 4903 e 4937 foram ajuizadas com a finalidade de declarar a inconstitucionalidade de dispositivos inseridos na legislação supra que representavam prejuízos ao meio ambiente, já a ADC 42 fora proposta pelo Partido Progressista – PP visando a declaração de validade normativa do texto legal por total consonância com a CF/1988 e o direito ambiental vigente.[53]

Por se tratar de um tema bastante complexo e importante no cenário ecológico brasileiro, em abril de 2016, o Ministro Luiz Fux, relator das ações que versavam acerca do Novo Código Florestal, realizou uma audiência pública com

---

[52] RODRIGUES A. R., MATAVELLI C. J. **As principais alterações do Código Florestal Brasileiro.** Revista Brasileira de Criminalística, 9(1), 28-35. 2020. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwi0lvyQ3a-AAxUTpZUCHac2D6sQFnoECAgQAQ&url=https%3A%2F%2Frevista.rbc.org.br%2Findex.php%2Frbc%2Farticle%2Fdownload%2F471%2Fpdf%2F2263&usg=AOvVaw0gOmyVS3TgnykSBEGgeCd8&opi=89978449 Acesso em 27 de julho de 2023.

[53] **Especial Meio Ambiente: há cinco anos o STF julgava uma série de normas previstas no Novo Código Florestal.** Portal do Supremo Tribunal Federal – STF. Brasília-DF. Publicado em 09 jun. 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=508682&ori=1 Acesso em 31 jul. 2023.

todos os atores políticos, jurídicos e sociais para discutir a temática antes da apreciação do mérito, tendo no mês seguinte adotado o rito abreviado do julgamento e agilizando a análise e apreciação definitiva pelo plenário do STF.

Dessa forma, em fevereiro de 2018 o julgamento do STF acerca dos dispositivos do Novo Código Florestal fora concluído, tendo o plenário da Suprema Corte posto fim à insegurança jurídica existente desde a edição da lei, julgando pela constitucionalidade de 32 dos 40 dispositivos impugnados nas ações de controle de constitucionalidade.[54]

Sob tal ambulação, observa-se que os ministros do STF divergiram na apreciação de diversos dispositivos objeto do controle constitucional, tendo o plenário do STF decidido em apertada maioria, pela parcial procedência das ações.

O STF em sua decisão reconhece a matriz constitucional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio da proibição de retrocesso socioambiental, todavia também relaciona a necessidade de compatibilização com os outros vetores constitucionais, argumentando que

> "as políticas públicas ambientais devem conciliar-se com outros valores democraticamente eleitos pelos legisladores com o mercado de trabalho, o desenvolvimento social, o atendimento às necessidades básicas de consumo dos cidadãos etc. Dessa forma, não é adequado desqualificar determinada regra legal como contrária ao comando constitucional de defesa do meio ambiente (art. 225, caput, CRFB), ou mesmo sob o genérico e subjetivo rótulo de "retrocesso ambiental", ignorando as diversas nuances que permeiam o processo decisório do legislador, democraticamente investido da função de apaziguar interesses conflitantes por meio de regras gerais e objetivas. 12. Deveras, não se deve desprezar que a mesma Constituição protetora dos recursos ambientais do país também exorta o Estado brasileiro a garantir a livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170) e o desenvolvimento nacional (art. 3º, II), a erradicar a pobreza e a marginalização, a reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III; art. 170, VII), a proteger a propriedade (art. 5º, caput e XXII;

---

[54] DANTAS, Marcelo Buzaglo. **STF encerra o julgamento sobre o novo Código Florestal.** CMA|CBIC. Publicado em 05 mar. 2018. Disponível em: https://cbic.org.br/sustentabilidade/2018/03/05/stf-encerra-o-julgamento-sobre-o-novo-codigo-florestal/ Acesso em 31 jul. 2023.

> art. 170, II), a buscar o pleno emprego (art. 170, VIII; art. 6º) e a defender o consumidor (art. 5º, XXXII; art. 170, V) etc"[55]

Importa registrar acerca da fundamentação do acórdão acerca do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio da proibição de retrocesso socioambiental na ótica do autor Ingo Wolfgang Sarlet, citado em diversos trechos da *decisium*, como este:

> "Pode-se apontar ainda, como fundamentos constitucionais do princípio da proibição do retrocesso, 'o princípio do Estado (Democrático e Social) de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, o princípio da segurança jurídica e seus desdobramentos, o dever de progressividade em matéria de direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais (DESCA)' (SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito constitucional ambiental. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 302)."[56]

Quanto à atuação do STF na celeuma ambiental apresentada em razão do texto legal do Novo Código Florestal, DANTAS (2018) afirma que

> "o STF cumpriu o seu papel de Corte Constitucional e, com relativa celeridade (dada a complexidade da matéria debatida), enfrentou um dos temas mais

[55] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 42/DF. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO AMBIENTAL. ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO. DEVER DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO COM OUTROS VETORES CONSTITUCIONAIS DE IGUAL HIERARQUIA. ARTIGOS 1º, IV; 3º, II E III; 5º, CAPUT E XXII; 170, CAPUT E INCISOS II, V, VII E VIII, DA CRFB. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. JUSTIÇA INTERGERACIONAL. ALOCAÇÃO DE RECURSOS PARA ATENDER AS NECESSIDADES DA GERAÇÃO ATUAL. ESCOLHA POLÍTICA. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. IMPOSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. EXAME DE RACIONALIDADE ESTREITA. RESPEITO AOS CRITÉRIOS DE ANÁLISE DECISÓRIA EMPREGADOS PELO FORMADOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS. INVIABILIDADE DE ALEGAÇÃO DE "VEDAÇÃO AO RETROCESSO". NOVO CÓDIGO FLORESTAL. AÇÕES DIRETAS DEINCONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES. Data de Julgamento: 28/02/2018. Min. Relator(a): Min. Luiz Fux. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750504737 Acesso em 31 jul. 2023.

[56] Op.cit, 2018, pág. 20.

> candentes do Direito Ambiental Brasileiro na atualidade e afastou a insegurança jurídica que girava em torno da matéria desde a edição da nova lei."[57]

4.2. Presunção da legalidade do ouro adquirido e boa-fé de adquirente (Lei nº 12.844/2013, art. 39)

No mesmo contexto, em 19 de julho de 2013 fora promulgada a Lei nº 12.844, que continha em seu conteúdo normativo um dispositivo que alterou o processo de comercialização de ouro no Brasil com a justificativa de simplificação da cadeia produtiva e comercial aurífera. O dispositivo legal (art.39) presumia a legalidade do ouro adquirido e a boa-fé da pessoa jurídica adquirente, caso as informações prestadas pelo vendedor do ouro estivessem devidamente registradas nas Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários (DTVMs).[58]

Contudo, o Ministério Público Federal (2020) afirma que

> "Essa presunção legal de boa-fé foi estabelecida tão somente para as DTVMs e no interesse do sistema financeiro. Como já anotado, no cenário caótico da proliferação de "garimpos" ilegais (mineradoras piratas) no interior da Floresta Amazônica e da falta de fiscalização das frentes de lavra de onde o ouro efetivamente provém, a opção legislativa foi lidar com o problema da origem inidônea simplesmente exonerando de responsabilidade os compradores que cumprem determinados requisitos formais".[59]

Sendo assim, a lei da presunção da legalidade do ouro do adquirente de boa-fé possibilitou o fomento da atividade de exploração mineração ilegal, pois os mecanismos de fiscalização e controle da origem do ouro eram débeis,

---

[57] DANTAS, 2018.

[58] BRASIL. LEI Nº 12.844, DE 19 DE JULHO DE 2013. Conversão da Medida Provisória nº 610, de 2013. Planalto. Brasília-DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12844.htm Acesso em 31 de julho de 2023.

[59] BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 4. **Mineração ilegal de ouro na Amazônia: marcos jurídicos e questões controversas** – Brasília: MPF, 2020. 259 p. – (Série manuais de atuação; v. 7) Disponível também em: www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/da-dos-da-atuacao/publicacoes/roteiros-da-4a-ccr/ManualMineraoIlegaldoOuro-naAmazniaVF.pdf. Acesso em 31 jul. 2023.

intensificando a garimpagem em unidades de conservação e reservas indígenas e a consequente degradação dos recursos naturais brasileiros, culminando em uma das maiores e mais devastadoras crises socioambientais do Brasil, a tragédia dos povos indígenas Yanomamis.[60]

Nesse contexto, coube ao Supremo Tribunal Federal, em maio de 2023, após ser provocado através das ADIs 7273 e 7345, proferir decisão liminar, referendando a decisão monocrática de natureza cautelar do relator Ministro Gilmar Mendes, que suspendeu a presunção da legalidade do ouro adquirido e a boa-fé do adquirente, além de determinar também que o Poder Executivo, no prazo de 90 dias adotasse um novo marco regulatório para o comércio, de modo a afastar o retrocesso ambiental ocasionado pela fragilização dos instrumentos de controle e fiscalização estatal pelo dispositivo normativo (art.39).[61]

Na decisão referendada *in totum* pelo Tribunal Pleno do STF, ADIs 7273 e 7345, o relator Ministro Gilmar Mendes fundamentou em seu voto que

> “os dispositivos questionados apresentam contornos que não se mostram coerentes com o dever de proteção do meio ambiente, veiculado pelo art. 225 da Constituição Federal. As presunções, trazidas no diploma legislativo impugnado, relativas à legalidade do ouro adquirido e à boa-fé do adquirente simplesmente sabotam a efetividade do controle de uma atividade inerentemente poluidora (e nessa medida chocam com o corolário do princípio da precaução, que possui assento constitucional), uma vez que não apenas facilitam, como servem de incentivo à comercialização de ouro originário de garimpo ilegal. Exatamente por isso, revelam-se uma opção normativa deficiente quanto à proteção do meio ambiente.
>
> (...)

---

[60] **Defensoria e organizações questionam no STF legislação que facilita comércio ilegal de ouro no Brasil.** Instituto Socioambiental – ISA. Publicado em 27 de fevereiro de 2023. Disponível em: https://www.socioambiental.org/noticias-socioambientais/defensoria-e-organizacoes-questionam-no-stf-legislacao-que-facilita Acesso em 31 jul. 2023.

[61] **Especial Meio Ambiente: STF afasta presunção de legalidade no comércio de ouro.** Portal do Supremo Tribunal Federal – STF. Brasília-DF. Publicado em 28 jun. 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=509641&ori=1 Acesso em 31 jul. 2023.

> Também Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, ao analisarem os deveres de proteção ambiental do Estado, afirmam haver uma '*limitação da discricionariedade estatal (legislativa, administrativa e judicial) deles decorrentes", uma vez que "os deveres de proteção vinculam os poderes estatais ao ponto de limitar a sua liberdade de conformação na adoção de medidas atinentes à tutela ecológica'.*
> Esclarecem que, dessa forma, é defeso ao Estado "não atuar", se isso implicar consequências devastadoras para a natureza, bem como não é permitido uma atuação deficiente, o que implicaria violação ao disposto no art. 225 da Constituição Federal:
> 'Assim, em maior ou menor medida, todos os Poderes Estatais, representados pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo Judiciário (incluindo, no âmbito das atribuições, as funções essenciais à Justiça, como é o caso do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública), estão constitucionalmente obrigados, na forma de deveres de proteção e promoção ambiental, a atuar, no âmbito da sua esfera constitucional de competências, sempre no sentido de obter a maior eficácia e efetividade possível dos direitos e deveres fundamentais ecológicos.' (SARLET, Ingo; e FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ecológico: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção da Natureza.* 7ªed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 395.)"[62]

A decisão do STF fora acertada não somente na suspensão do instrumento normativo que flexibilizava o comércio do ouro e fomentava assim a destruição socioambiental dos locais próximos aos garimpos, como também ao incluir a determinação de uma ação positiva pelo Poder Executivo de adotar públicas que quanto à instrumentalização normativa da cadeia produtiva aurífera, também demonstrou manter seu forte compromisso com a ordem constitucional brasileira, fundada em 1988, cujos valores ecológicos revestem o ordenamento jurídico vigente.

---

[62] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7273/DF. **2. Art. 39, §4º, da Lei 12.844/2013. 3. Presunção de legalidade do ouro adquirido e a boa-fé da pessoa jurídica adquirente. 4. Dever de Proteção do meio ambiente (art. 225 da CF). 5. Normas que facilitam o processo de aquisição de ouro. Aumento das atividades de garimpo ilegal, com repercussão para degradação ambiental em áreas de proteção, prejuízo à saúde da população indígena e crescimento da violência. Opção normativa deficiente. 6. Preenchimento dos requisitos para a concessão do remédio cautelar vindicado. 7. Medida cautelar referendada.** Data de Julgamento: 02/05/2023. Min. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767525344 Acesso em 31 jul. 2023.

CONCLUSÃO

O sistema brasileiro de gestão ambiental, cujo embrião é formado a partir da nova ordem constitucional de 1988 e consolidado através das políticas públicas ambientais implementadas ao longo da segunda metade do século XX e primeira década do século XXI, começou a ruir com a postura revisionista liberal da política governamental do Brasil entre os anos de 2012 a 2023, quando iniciou um processo de flexibilização do arcabouço normativo ambiental, mitigou as políticas públicas voltados para a proteção do meio ambiente e fragilizou o sistema institucional de controle e fiscalização dos órgãos ambientais.

Na contramão da política governamental instaurada entre 2012 e 2022, que alterou a ordem normativa ambiental brasileira, para fragilizar o sistema protecionista ecológico consolidado ao longo de mais de 50 anos de luta pelo movimento ambientalista brasileira, o Supremo Tribunal Federal - STF ocupou um papel de protagonismo na consolidação jurídica da ordem constitucional de proteção ao meio ambiente e proibição ao retrocesso ambiental.

Nesse sentido, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer lecionam que

> "A intervenção judicial constitui, em verdade, tanto um poder quanto um dever constitucional do agente político investido no papel de prestar a jurisdição, haja vista o seu compromisso com a efetividade do processo e a tutela dos direitos materiais, enfatizando-se o dever dos órgãos judiciais no sentido de interpretar o processo e as técnicas processuais no sentido de sua adequação à tutela ambiental eficaz e constitucionalmente exigida."[63]

Desse modo, as decisões do STF no âmbito ecológico buscam conservar o Estado Democrático, Social e Ecológico de Direito - EDSE esculpido na CF/1988, de modo que

> "o Poder Judiciário também deve assumir o papel de guardião dos interesses (e direitos?) das futuras gerações (humanas e não humanas), por disposição

[63] SARLET e FENSTERSEIFER, 2021, pág. 16.

> expressa do mesmo dispositivo constitucional, cujos interesses, é bom destacar, encontram-se, em grande medida, 'sub-representados' nos nossos atuais parlamentos, mais preocupados com as questões prementes das gerações que hoje habitam o Planeta Terra."[64]

Dessa forma, em meio a um cenário de mais de uma década de clara inversão axiológica da política ambiental constitucionalmente abraçada por nosso país, a atuação do Supremo Tribunal Federal – STF na condução normativa-constitucional de manutenção da ordem estabelecida de acordo com a preservação do meio ambiente equilibrado e desenvolvimento sustentável, garantiram a segurança jurídica do arcabouço ambiental e cumpriram com sua missão de zelar pela efetividade de todos os dispositivos constitucionais promulgados em 1988.

REFERÊNCIAS

Agência Lusa- AG. **Guterres apresenta ao mundo uma nova era: chegou a ebulição global.** CNN Portugal. Publicada em 27 jul. 2023. Disponível em: https://cnnportugal.iol.pt/antonio-guterres/ebulicao/guterres-apresenta-ao-mundo-uma-nova-era-chegou-a-ebulicao-global/20230727/64c2d784d34e3ae5b8c422af Acesso em 31 jul. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 29 jul. 2023.

BRASIL. **LEI Nº 12.844, DE 19 DE JULHO DE 2013**. Conversão da Medida Provisória nº 610, de 2013. Amplia o valor do Benefício Garantia-Safra para a safra de 2011/2012; amplia o Auxílio Emergencial Financeiro, de que trata a Lei nº 10.954, de 29 de setembro de 2004, relativo aos desastres ocorridos em 2012; autoriza a distribuição de milho para venda a pequenos criadores, nos termos que especifica; institui medidas de estímulo à liquidação ou regularização de dívidas originárias de operações de crédito rural; altera as Leis nºs 10.865, de 30 de abril de 2004, e 12.546, de 14 de dezembro de 2011, para prorrogar o Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras - REINTEGRA e para alterar o regime de desoneração da folha de pagamentos, 11.774, de 17 de setembro de 2008, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 12.431, de 24 de junho de 2011, 12.249, de 11 de junho de 2010, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 10.522, de 19 de

[64] SARLET e FENSTERSEIFER, 2021, pág. 16.

julho de 2002, 8.218, de 29 de agosto de 1991, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, 12.783, de 11 de janeiro de 2013, 12.715, de 17 de setembro de 2012, 11.727, de 23 de junho de 2008, 12.468, de 26 de agosto de 2011, 10.150, de 21 de dezembro de 2000, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.925, de 23 de julho de 2004, 11.775, de 17 de setembro de 2008, e 12.716, de 21 de setembro de 2012, a Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; dispõe sobre a comprovação de regularidade fiscal pelo contribuinte; **regula a compra, venda e transporte de ouro**; e dá outras providências. Planalto. Brasília-DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12844.htm Acesso em 31 de julho de 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 4. **Mineração ilegal de ouro na Amazônia: marcos jurídicos e questões controversas** – Brasília: MPF, 2020. 259 p. – (Série manuais de atuação; v. 7) Disponível também em: www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/da-dos-da-atuacao/publicacoes/roteiros-da-4a-ccr/ManualMineraoIlegaldoOuro-naAmazniaVF.pdf. Acesso em 31 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 42/DF.** DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO AMBIENTAL. ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO. DEVER DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO COM OUTROS VETORES CONSTITUCIONAIS DE IGUAL HIERARQUIA. ARTIGOS 1º, IV; 3º, II E III; 5º, CAPUT E XXII; 170, CAPUT E INCISOS II, V, VII E VIII, DA CRFB. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. JUSTIÇA INTERGERACIONAL. ALOCAÇÃO DE RECURSOS PARA ATENDER AS NECESSIDADES DA GERAÇÃO ATUAL. ESCOLHA POLÍTICA. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. IMPOSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. EXAME DE RACIONALIDADE ESTREITA. RESPEITO AOS CRITÉRIOS DE ANÁLISE DECISÓRIA EMPREGADOS PELO FORMADOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS. INVIABILIDADE DE ALEGAÇÃO DE "VEDAÇÃO AO RETROCESSO". NOVO CÓDIGO FLORESTAL. AÇÕES DIRETAS DEINCONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES. Data de Julgamento: 28/02/2018. Min. Relator(a): Min. Luiz Fux. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750504737 Acesso em 31 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7273/DF. **2. Art. 39, §4º, da Lei 12.844/2013. 3. Presunção de legalidade do ouro adquirido e a boa-fé da pessoa jurídica adquirente. 4. Dever de Proteção do meio ambiente (art. 225 da CF). 5. Normas que facilitam o processo de aquisição de ouro. Aumento das atividades de garimpo ilegal, com repercussão para degradação ambiental em áreas de proteção, prejuízo à saúde da população indígena e crescimento da violência. Opção normativa deficiente. 6. Preenchimento dos requisitos para a concessão do remédio cautelar vindicado. 7. Medida cautelar referendada.** Data de Julgamento: 02/05/2023. Min. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Disponível em:

https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767525344 Acesso em 31 jul. 2023.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum**. 2ª edição. Editora da Fundação Getulio Vargas. Rio de Janeiro – RJ. 1991. Pág. 46.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. **STF encerra o julgamento sobre o novo Código Florestal.** CMA|CBIC. Publicado em 05 mar. 2018. Disponível em: https://cbic.org.br/sustentabilidade/2018/03/05/stf-encerra-o-julgamento-sobre-o-novo-codigo-florestal/ Acesso em 31 jul. 2023.

Defensoria e organizações questionam no STF legislação que facilita comércio ilegal de ouro no Brasil. Instituto Socioambiental – ISA. Publicado em 27 de fevereiro de 2023. Disponível em: https://www.socioambiental.org/noticias-socioambientais/defensoria-e-organizacoes-questionam-no-stf-legislacao-que-facilita Acesso em 31 jul. 2023.

Especial Meio Ambiente: há cinco anos o STF julgava uma série de normas previstas no Novo Código Florestal. Portal do Supremo Tribunal Federal – STF. Brasília-DF. Publicado em 09 jun. 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=508682&ori=1 Acesso em 31 jul. 2023.

Especial Meio Ambiente: STF afasta presunção de legalidade no comércio de ouro. Portal do Supremo Tribunal Federal – STF. Brasília-DF. Publicado em 28 jun. 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=509641&ori=1 Acesso em 31 jul. 2023.

FONSECA, Vera Lucia. **A trajetória de um ambientalista, Paulo Nogueira Neto, revisitada no centenário de seu nascimento.** Jornal da USP. Publicada em 19 abr. 2022. Universidade de São Paulo – USP. São Paulo-SP. Disponível em: https://jornal.usp.br/artigos/a-trajetoria-de-um-ambientalista-paulo-nogueira-neto-revisitada-no-centenario-de-seu-nascimento/ Acesso em 30 jul. 2023.

Gro Harlem Brundtland. Fronteiras do Pensamento. 2023. Disponível em: https://www.fronteiras.com/descubra/pensadores/exibir/gro-harlem-brundtland Acesso em 30 jul. 2023.

GURSKI, Bruno; GONZAGA, Roberto; TENDOLINI, Patrícia. Conferência de Estocolmo: um marco na questão ambiental. **Administração de Empresas em Revista**, [S.l.], v. 1, n. 7, p. 65-79, dez. 2012. ISSN 2316-7548. Disponível em:<https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/466/356> . Acesso em: 30 jul. 2023.

MARTINS, Jonas. **Dia do Meio Ambiente: 5 desastres ambientais recentes para não esquecer (ou repetir).** Correio Braziliense. Brasília-DF. Publicada em 05 jun. 2021. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2021/06/4929070-dia-do-meio-ambiente-5-desastres-ambientais-recentes-para-nao-esquecer--ou-repetir.html Acesso em 31 jul. 2023.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de direito constitucional (Série IDP. Linha doutrina)**. São Paulo-SP: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620506. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620506/ . Acesso em: 31 jul. 2023.

O STF e o meio ambiente. Portal do Supremo Tribunal Federal. Brasília-DF. 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/listagem/listarNoticias.asp?dataDe=05%2F06%2F2023&dataA=30%2F06%2F2023&origem=&termoPesquisa=especial+meio+ambiente Acesso em 31 jul. 2023.

PARTIDO VERDE. **ESTATUTO DO PARTIDO VERDE.** Aprovado em 23 fev. 2019, Convenção Nacional do Partido Verde. Brasília-DF. Disponível em: http://pv.org.br/wp-content/uploads/2019/04/tse-estatuto-pv-26-06-2020.pdf Acesso em 30 jul. 2023.

POSTADO, Natália Becattini. **Sete Quedas: como a maior cachoeira do mundo desapareceu.** 360meridianos. Publicado em 13 jul. 2020. Atualizado em 15 jun. 2022. Disponível em: https://www.360meridianos.com/especial/sete-quedas-itaipu Acesso em 30 jul. 2023.

RODRIGUES A. R., MATAVELLI C. J. **As principais alterações do Código Florestal Brasileiro.** Revista Brasileira de Criminalística, 9(1), 28-35. 2020. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwi0lvyQ3a-AAxUTpZUCHac2D6sQFnoECAgQAQ&url=https%3A%2F%2Frevista.rbc.org.br%2Findex.php%2Frbc%2Farticle%2Fdownload%2F471%2Fpdf%2F2263&usg=AOvVaw0gOmyVS3TgnykSBEGgeCd8&opi=89978449 Acesso em 27 de julho de 2023.

RODRIGUES, Letícia. **Mineração ilegal e segurança ambiental em regiões amazônicas**. Diadema: V&V Editora, 2020. 190 p. pág. 41-42. Disponível em: https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/599193/3/Rodrigues%20%20Minera%C3%A7%C3%A3o%20ilegal%20e%20Seguran%C3%A7a%20Ambiental.pdf Acesso em 31 jul. 2023.

SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. Curso de Direito Ambiental. Barueri-SP: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643783. pág. 47. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643783/ . Acesso em: 31 jul. 2023.

________. **Governança judicial ecológica e direitos ambientais de participação.** [São Paulo-SP]: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555597899. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597899/. Acesso em: 27 jul. 2023.

29. O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE MANIFESTAÇÃO[1]

 https://doi.org/10.36592/9786554600668-29

J.M. Sérvulo Correia[2]

SUMÁRIO

I. Explicação prévia; II. Natureza e função do âmbito de proteção do direito fundamental; III. O interesse de liberdade protegido; IV. Os comportamentos grupais excluídos do âmbito de proteção ao nível constitucional; V. A proteção do interesse de liberdade através da consagração de posições de vantagem; VI. O conceito constitucional de manifestação.

Palavras-chave: âmbito de garantia efetiva; âmbito de proteção; manifestação; reunião.

I. *Explicação prévia*

1. Impõe-se, em primeiro lugar, dirigir uma explicação aos leitores cujos sistemas constitucionais não distinguem formalmente entre os direitos de reunião e de manifestação.

A presente análise toma como ponto de partida o artigo 45.º da Constituição da República Portuguesa (Constituição) que, no seu n.º 1, reconhece aos cidadãos "… o direito de se reunir, pacificamente e sem armas, mesmo em lugares abertos ao público, sem necessidade de qualquer autorização" e, no n.º 2, "… a todos os cidadãos … o direito de manifestação". A Constituição portuguesa seguiu um caminho pouco trilhado no Direito Constitucional Comparado, ao reconhecer como figura autónoma o *direito de manifestação*, emparelhando-o embora num só artigo com o *direito de reunião*. A relativa separação entre as duas figuras constitui um

---

[1] O presente texto resulta de um reaproveitamento e atualização de passagens da minha obra "*O Direito De Manifestação – Âmbito De Proteção e Restrições*", Coimbra, Almedina, 2006.
[2] Professor catedrático jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

enquadramento normativo relativamente raro. A Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 20, n.º 1), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 21), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigo 11, n.º 1) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 12, n.º 1) apenas referem a *liberdade de reunião pacífica*. Muitas de entre as Constituições mais próximas da portuguesa não se referem à *manifestação* pelo seu nome e como objeto de um direito fundamental formalmente autónomo do direito de reunião, limitando-se a destacar, no âmbito deste último, o exercício a céu aberto (Lei Fundamental Alemã, artigo 8.º, n.º 2), em lugar público (Constituição da República Italiana, artigo 17, inciso 3) ou em locais abertos ao público (Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5.º, inciso XVI).

No texto constitucional português, a proximidade do reconhecimento dos direitos de *reunião* e de *manifestação* explica-se por se tratar de liberdades de exercício coletivo, mas justificando, pela especificidade do modo de exercício no caso da *manifestação*, a admissibilidade de alguma diferenciação do seu regime de direito ordinário[3] [4].

2. Uma segunda explicação aos leitores respeita ao tema aqui tratado, sublinhando que se não pretende abarcar no seu todo a dogmática do direito de manifestação enquanto direito fundamental, mas apenas a respetiva componente designada por *âmbito de proteção do direito fundamental* (em alemão, *grundrechtliche Schutzbereich*)[5].

A determinação do âmbito de proteção de qualquer direito fundamental revela-se imprescindível para que este se converta, de ideia vaga, em objetivo de um

---

[3] Adiante nos pronunciaremos sobre a tese de que o direito de manifestação não é necessariamente um direito coletivo. Ver, a tal respeito, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição Anotada*, P. 636.

[4] Como ensina INGO SARLET, a liberdade de reunião é um “direito individual de expressão coletiva”. Atendendo à distinção, em face da Constituição portuguesa, dos âmbitos de proteção dos direitos de reunião e de manifestação, esta asserção vale também para o exercício da liberdade de manifestação. Cfr. *A Eficácia Dos Direitos Fundamentais*, p. 170.

[5] Sobre conceitos como os de *âmbito de proteção do direito fundamental* (*grundrechtliche Schutzbereich*), *hipótese normativa do preceito que estabelece o direito fundamental* (*Tatbestand der einzelnen Grundrechtsnorm*), *âmbito objetivo* (*gegenstandlich Bereich*), *bem jurídico específico* (*eigentliche Schutzgut*), *objeto material nuclear da proteção* (*materielles Hauptgegenstand des Schutzes*), *âmbito normativo* (*Normbereich*) de um direito fundamental e outros semelhantes, ver: LERCHE, *Grundrechtlicher Schutzbereich*, p. 746 a 749.

programa para o legislador e os aplicadores administrativo e jurisdicional[6]. O *âmbito de proteção* é uma noção *prima facie* resultante da Constituição, que representa apenas um primeiro passo no percurso dogmático de indagação do *âmbito de garantia efetiva*. Este último passa não só pelo recenseamento das medidas normativas e das intervenções concretas restritivas que legitimamente subtraem conteúdo material ao *topos* inicial, mas também pela descoberta dos deveres públicos de prestação acessórios da plenitude da devida garantia de uma liberdade fundamental[7].

II. *Natureza e função do âmbito de proteção do direito fundamental*

3. A compreensão metodológica da liberdade de manifestação enquanto direito fundamental não dispensa o apuramento do respetivo *âmbito de proteção* [8].

O n.º 2 do artigo 45.º da CRP emprega um *topos* completamente despojado, porquanto não explicita minimamente aquilo que protege sob o nome de *manifestação*. Cumpre, pois, densificar e delimitar essa realidade. A aplicabilidade direta deste preceito (artigo 18.º, n.º 1, da Constituição) e a sua função paramétrica relativamente aos desenvolvimentos legislativos significam ser possível e necessária uma tarefa hermenêutica apontada para extrair do dispositivo e do seu contexto quais sejam o *bem protegido* e os *meios jurídicos* afectados a essa proteção.

Em sentido estrito, o *âmbito de proteção* de um direito fundamental corresponde ao *bem protegido (Schutzgut*), isto é, um certo bem jurídico da esfera individual indispensável à salvaguarda da dignidade humana. Consoante as dimensões existenciais em causa, os *direitos de defesa* são direitos ao não impedimento de condutas dos seus titulares (é o caso do direito de manifestação), à não lesão de estatutos ou situações jurídicas ou à não eliminação de posições jurídicas. Na primeira destas hipóteses – aquela que nos interessa -, o *bem protegido*

---

[6] Cfr. LERCHE, *Grundrechtlicher Schutzbereich*, p. 740.
[7] Neste sentido: GOMES CANOTILHO, *Estudos*, p. 199.
[8] Neste sentido, entre muitos outros, von ARNAULD, *Die Freiheitsrechte*, p. 48.

é o interesse em desenvolver aquela conduta, cuja proteção significa, em primeiro lugar, o seu *não impedimento*.

O *âmbito de proteção* corresponde ao perfil *prima facie* do direito fundamental: ele representa tudo aquilo que o direito fundamental proporcionaria ao seu titular antes de se tomarem em conta as restrições válidas. No exterior do perímetro das restrições válidas, qualquer compressão do bem protegido se encontra *prima facie* proibida. Num primeiro momento lógico (e, por vezes, cronológico), o *bem protegido* desempenha a função de *Tatbestand*, ou seja, de conjugação dos pressupostos materiais capazes de desencadear o efeito jurídico *prima facie* da proibição das ingerências compressoras. Uma vez introduzidas no ordenamento jurídico *restrições* válidas ao direito fundamental, este papel de *Tatbestand* não se extingue, mas fica reduzido, já que a relação entre bem protegido e compressão se passa a enunciar nos seguintes termos: todas as medidas que envolverem uma compressão do bem protegido e se não fundarem numa restrição válida são definitivamente proibidas.

Com a afirmação do caráter *definitivo* da proibição, significa-se que a invalidade do acto compressor que, num primeiro momento, seria apenas uma invalidade *prima facie*, decorre agora da sua incompatibilidade com um consolidado *âmbito de garantia efectiva*[9].

Embora cada direito fundamental corresponda a uma certa vertente das condições de existência ou da actividade do ser humano, o seu *âmbito de proteção* não resulta simplesmente da tipificação dos dados sociais ou antropológicos pré-normativos. Ao elencar os direitos fundamentais, a Constituição move-se por um critério de finalidade: assegurar requisitos essenciais à preservação e promoção da dignidade humana. A demarcação do *âmbito de proteção* obedece a essa finalidade, graças à qual ele é recortado sobre uma realidade prévia mais ampla e

---

[9] Sobre o *âmbito de proteção* do direito fundamental, centrado num *objeto* constituído por um bem ou interesse jusfundamental protegido na sua *máxima extensão prima facie tutelável* e sobre a função de *Tatbestand* desempenhada pelo bem protegido relativamente ao desencadeamento dos efeitos jurídicos interditórios em que a defesa consiste, ver, em particular, ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 273 a 278. Sobre o *âmbito de proteção* em geral, ver, entre muitos outros possíveis, GOMES CANOTILHO, *Estudos*, p. 198 a 201; MELO ALEXANDRINO, *A greve dos juízes*, rubrica 5.2.; von ARNAULD, *Die Freiheitsrechte*, p. 88 e 89; LERCHE, *Grundrechtlicher Schutzbereich*, p. 746 a 750; PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte*, p. 50 a 52; STERN/SACHS, *Staatsrecht*, III/2, p. 3 a 30.

axiologicamente desestruturada[10]. A chave finalística da delimitação do *âmbito de proteção* torna-se mais óbvia quando a Constituição a faz pela negativa, ou seja, através da enunciação de «pressupostos negativos». Vem a propósito notar que os autores apontam frequentemente como exemplo desta modalidade a especificação constitucional de que a reunião protegida é aquela que se faça pacificamente e sem armas[11].

Na verdade, no quadro de uma sociedade democrática, as movimentações de pessoas armadas ou por outra forma não pacíficas não possuem qualquer valia, nem sequer *prima facie*, como instrumento de preservação e promoção da dignidade da pessoa humana.

Não se pode dizer que, em momentos como este, a Constituição introduza ela própria restrições ao bem que protege. Pelo contrário, a Constituição explicita, ainda *prima facie*, um *nec plus ultra* à extensão do interesse que lhe merece proteção. Parece fácil de aceitar que a Constituição não estabeleça ela própria restrições que adelgaçassem um âmbito *prima facie* por ela protegido. A Constituição enuncia os limites fixos do âmbito de proteção *prima facie*. Quanto às restrições desse âmbito, ela apenas permite que tenham lugar em outra sede. Por seu turno, as restrições só fazem sentido como tal a partir de um ponto de referência, que é a área total do bem ou interesse coberto pela proteção *prima facie* da Constituição.

III. *O interesse de liberdade protegido*

4. Para determinar qual seja o *âmbito de proteção* do direito fundamental de manifestação, importa apurar a natureza do *bem protegido (Schutzgut)* pela Constituição quando refere a *manifestação* como objeto de direito.

Tratando-se de um específico *direito de liberdade*[12], protege-se um *interesse no não impedimento de uma conduta* do titular. Este rechaçado impedimento não é apenas aquele que se revista de caráter absoluto, por tornar impossível a conduta, mas também aquele comportamento alheio que dificulte, por modo a tornar penosa

[10] Cfr. INGO SARLET, *Dignidade da Pessoa Humana*, p. 77 s.
[11] Cfr. LERCHE, *Grundrechtlicher Schutzbereich*, p. 747; STERN/SACHS, *Staatsrecht*, III/2, p. 21.
[12] V. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 395; JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, p. 89.

ou diferente em termos menos satisfatórios para o cidadão, a conduta que este pretenda levar a cabo[13]. O *conteúdo* deste direito fundamental é, pois, uma *pretensão de não impedimento* do exercício de uma conduta chamada *manifestação*. O *bem protegido* é o interesse em manifestar-se livremente e o *âmbito de proteção* o exercício sem impedimentos da actividade de manifestação. Tudo converge deste modo para a necessidade de clarificar qual seja o *objeto* do direito, por outras palavras, aquilo em que consiste uma *manifestação* para efeito de uma proteção constitucional *prima facie*.

5. O termo *manifestação* não é definido pela Constituição, nem pela DUDH que, aliás, apenas se refere à *reunião*. Há, pois, que proceder à interpretação com recurso a outros elementos. Podemos referenciar quatro *elementos* ou *pilares* de uma interpretação de natureza sistemática do artigo 45.º da Constituição.

Um primeiro elemento, de índole sistemática, é aquele que reside no caráter dicotómico do artigo 45.º. Quando versa dois ou mais direitos, liberdades e garantias num só artigo, a Constituição parte, em regra, de uma forte conexão material entre eles. Existem, portanto, desde logo, razões para partir do princípio de que, entre os bens protegidos e os objetos dos direitos de *manifestação* e *reunião*, haverá continuidade ou porosidade de âmbitos vitais, esferas ou círculos da existência humana.

Cumpre atentar seguidamente na circunstância de apenas no n.º1 do artigo 45.º se estabelecer expressamente o limite do «pacificamente e sem armas». Dada, no entanto, a maior perigosidade da manifestação em relação às reuniões em espaço fechado ou meramente aberto ao público, existe sem qualquer dúvida maioria de razão para concluir que, na lógica da Lei Fundamental, o mesmo «pressuposto negativo» se aplica no âmbito do n.º 2 do artigo 45.º. Assim sendo, porém, há que extrair a ilação de que a Constituição considera a manifestação como uma espécie de reunião: só esse motivo explica a ausência da repetida formulação do limite.

Mas, a esta materialidade comum, sobrepõe-se o intento de autonomizar, manifestado na sequência dos preceitos do artigo 45.º: a existência, no artigo 45.º, de um n.º 2 especificamente votado à *manifestação* demonstra o intento de

[13] ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 174 a 176.

salvaguardar alguma peculiaridade para o regime desta. O Direito comparado e a História da disciplina legislativa da reunião em Portugal dizem-nos, aliás, com clareza, qual é o propósito: o de submeter as reuniões efectuadas em lugar público a um regime dotado de uma carga restritiva que seria excessiva para as reuniões em lugar particular ou meramente aberto ao público.

O quarto pilar da interpretação sistemática assenta na referência, feita no n.º1 e, portanto, a propósito de outro tipo de reuniões que não a manifestação, à respectiva realização «mesmo em lugares abertos ao público». Tem de extrair-se desta passagem que, para a Constituição, manifestações são apenas as reuniões em lugar público.

Em suma, o exame analítico do artigo 45.º revela um conteúdo mais substancioso do que aquele que pareceria resultar à primeira vista da sua parcimoniosa redação: para a Constituição, *manifestação* é *uma reunião, num lugar público, feita pacificamente e sem armas, que poderá ser submetida a um regime mais restritivo do que o das outras reuniões*.

Trata-se, porém, ainda tão só de um ponto de partida, visto que esta singela proposição não patenteia satisfatoriamente todos os elementos que integram o *Tatbestand* subjacente ao termo *manifestação*. Em primeiro lugar, haverá que ver como o género *reunião*, de que a *manifestação* constitui espécie, resulta da necessária combinação de dois elementos: a *presença conjunta física de pessoas* e o *propósito de expressar ideias em comum*. Haverá também que ver como, na *manifestação*, essa expressão de ideias se traduz na afirmação de uma *finalidade ou um sentimento comuns*. Depois, haverá que perceber melhor aquilo em que consiste o *lugar público* que, como palco específico, permite distinguir a manifestação do comum das reuniões. Por fim, caberá examinar o alcance do limite ou pressuposto negativo da *realização pacífica e sem armas*.

6. Temos, pois, em primeiro lugar, que a manifestação partilha com a reunião o elemento da *presença conjunta física de pessoas*. Elas constituem objeto de direitos individuais de estar fisicamente em conjunto com outros[14].

---

[14] V. entre outros, BENDA, in: *Bonner Kommentar*, p. 16; FROWEIN/PEUKERT, *EMKR-Kommentar*, p. 410 ; LEBRETON, *Libertés publiques*, p. 509 e 510 ; MIRANDA DE SOUSA, *O Direito de Manifestação*, p. 7 e 8; PACE, *Libertà Costituzionali*, p. 299 e 302.

Da essência destes direitos faz parte o serem *direitos fundamentais de exercício em conjunto*. A sua titularidade é individual, mas o seu objeto é a participação num evento caraterizado por ser propósito comum de cada um daqueles que nele intervêm o de estar em conjunto com outros. Quem quer manifestar-se obedece ao desejo de se encontrar com outras pessoas num lugar público, embora possa não conhecer as respectivas identidades. Exerce ao fazê-lo uma liberdade: só nos Estados totalitários é pensável que as pessoas se encontrem geralmente proibidas de se conjugarem na via pública para uma iniciativa comum[15].

Tem-se discutido se uma pessoa que, isoladamente, exprime a sua opinião na via pública para os circunstantes em geral, por exemplo, transportando um letreiro de protesto, exerce o direito de manifestação. Para alguns assim é, por dever bastar o elemento da expressão da opinião na via pública sem destinatários determinados[16]. Creio, no entanto, que, em tal hipótese, o âmbito de proteção relevante será o das liberdades de expressão do pensamento e de deslocação: a manifestação é uma espécie de reunião e isso torna-a incompatível com um exercício solitário do direito.

Não parece, em contrapartida, razoável pretender estabelecer um contingente mínimo de manifestantes embora, por exemplo, a lei espanhola exija mais de vinte pessoas[17]. Em condições muito difíceis, próprias de situação de crise ou de perigo para as liberdades, o exemplo de coragem e determinação de muito poucos pode ser fundamental. Importa, pois, não dar às forças repressivas o pretexto para impedir a actuação inicial de um muito pequeno núcleo sob a alegação de se não tratar de uma manifestação[18].

7. Um segundo elemento do *Tatbestand* do n.º 2 do artigo 45.º da Constituição consiste no *propósito de expressar em comum uma finalidade ou um sentimento*. Aquilo que leva os manifestantes a querer estar fisicamente em conjunto é a vontade

---

[15] Cfr. BARTOLOMÉ, *Libertades Públicas*, p. 183; BENDA, in: *Bonner Kommentar*, p. 16 e 17; DUFFAR, *Libertés et Droits Fondamentaux*, p. 28; JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, p. 482 e 486; SCHULZE-FIELITZ, in: *Kommentar*, p. 589.

[16] Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição Anotada*, p. 253; HERZOG, in: *Maunz/Dürig*, p. 8 e 9. No sentido de que a intervenção de uma pessoa isolada não constitui manifestação, v., entre outros: GUSY, in *Kommentar*, p. 927; WINKLER, *Studien*, p. 201.

[17] Cfr. BARTOLOMÉ, *Libertades Públicas*, p. 184.

[18] Cfr. BENDA, in: *Bonner Kommentar*, p. 16 e 17; HERZOG, in: *Maunz/Dürig*, p. 20 e 21.

de demonstrar que existe uma posição ou um estado de espírito colectivos. A manifestação é um estar em comum finalístico. Os manifestantes reúnem-se a fim de poder lançar uma mensagem que possa ser captada pela opinião pública. O que justifica a tutela constitucional da vontade de se manifestar de modo a inscrevê-la na esfera relativamente intangível da liberdade não é apenas o valor do estar em conjunto, mas o de o fazer para usar uma forma institucionalizada de comunicação suscetível de desempenhar um papel na formação da opinião pública e de, eventualmente, influenciar o exercício do poder[19].

É a circunstância de os manifestantes se congregarem em função de uma *finalidade comunicativa* que distingue a manifestação de um simples *ajuntamento* ou *aglomeração* de pessoas (*attroupement*, *agglomeramento*, *Ansammlung*)[20]. Sem uma consciência coletiva formada em torno de um sentimento comum, está-se fora do âmbito de proteção do direito de manifestação. Faz, assim, sentido que o artigo 3.º, n.º1, do Decreto-Lei n.º 406/74 exija que o aviso prévio que os organizadores devem apresentar mencione o *objeto da reunião*.

Seria, no entanto, um erro pensar que o *objeto* da manifestação tenha de ser político, no sentido de ser necessária uma finalidade de crítica, petição ou apoio ao modo como o poder político é exercido. A liberdade de manifestação não é um direito de participação política. A influência que a manifestação poderá exercer sobre o modo de exercício do poder será indireta: os manifestantes não podem pretender substituir-se ou sobrepor-se aos mecanismos da democracia representativa. Através da manifestação, pode pretender-se influenciar o exercício do poder político ou preparar a opinião pública de modo que conduza a prazo a mudanças na composição dos órgãos de poder e das suas políticas. Mas a manifestação não constitui um modo de participação do povo no exercício do poder. Nem, por muito maciça que a manifestação seja, podem os manifestantes pretender identificar-se com o povo na sua globalidade. E porque a manifestação não representa um modo

---

[19] Cfr. BENDA, in: *Bonner Kommentar*, p. 18 e 19; FROWEIN/PEUKERT, *EMRK-Kommentar*, p. 410; KLOEPFER, *Versammlungsfreiheit*, p. 748 a 750; JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, p. 484; MIRANDA DE SOUSA, *O Direito de Manifestação*, p. 8 e 10.

[20] Sobre *attroupements*, *agglomeramenti* e *Ansämmlungen*, v., a título de exemplo : BENDA, in : *Bonner Kommentar*, p. 20; DUFFAR, *Libertés et Droits Fondamentaux*, p. 305 ; GUSY, *Polizeirecht*, p. 205; HERZOG, in: *Maunz/Dürig*, p. 21 e 22; PACE, *Libertà Costituzionali*, p. 305.

directo de exercício da soberania popular ou um meio indispensável de formação da vontade democrática, não cabe ao Estado promover manifestações, mas apenas criar as condições razoáveis para que os particulares que o queiram fazer exerçam essa sua liberdade. A Constituição garante uma sociedade onde os interessados possam manifestar-se, mas não promove uma *Gesselschaft der Demonstrationen*: uma sociedade em permanente ambiente de manifestação[21].

Percebe-se assim que o *objeto* da manifestação possa não ter ligação direta com temas próprios do exercício da actividade política. Ao colocar sistematicamente o direito de manifestação entre os direitos, liberdades e garantias pessoais, a Constituição não autoriza uma «desqualificação do privado» no tocante aos possíveis temas das manifestações. Nada impede que sejam organizadas para expressar pontos de vista filosóficos, artísticos, religiosos e quaisquer outros que se não prendam diretamente com os fins, os modos e os programas do exercício do poder político. E não compete ao Estado hierarquizar os fins das manifestações, designadamente em função da maior ou menor relevância política dos seus objetos. Essa seria uma inadmissível ingerência no exercício de liberdades individuais meramente regido pela consciência de cada um. Apenas é necessário que se trate de temas com relevância pública, geral ou comunitária, e não de meros conflitos de interesses privados entre particulares a propósito da pretensão da fruição de determinados bens jurídicos[22].

8. Um terceiro elemento da manifestação enquanto *Tatbestand* do n.º2 do artigo 45.º da Constituição é a realização num *lugar público*. Esta é a caraterística que mais imediatamente distingue a manifestação como espécie de reunião: a sua maior perigosidade para os direitos e liberdades dos outros, bem como para interesses públicos carecidos de proteção, justifica um regime mais restritivo do que aquele que parece normal, numa sociedade democrática, para uma reunião em espaço materialmente separado do exterior.

---

[21] Cfr. BENDA, in: *Bonner Kommentar*, p. 22, 23 e 38 a 40; HERZOG, in: *Maunz/Dürig*, p. 5 e 8; KLOEPFER, *Versammlungsrecht*, p. 744 a 746.

[22] Cfr. BENDA, in: *Bonner Kommentar*, p. 22 e 23; KLOEPFER, *Versammlungsfreiheit*, p. 744 e 745; PACE, *Libertà Costituzionali*, p. 300; PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte*, p. 171; SCHULZE-FIELITZ, *Kommentar*, p. 588; WINKLER, *Studien*, p. 208, 211 e 273.

No Direito italiano procede-se a uma tripla qualificação dos locais de reunião em *lugares públicos*, *abertos ao público* e *particulares*. Consideram-se, *lugares abertos ao público*, independentemente de constituírem objeto de propriedade pública ou privada, aqueles que se encontrem materialmente separados do exterior e cujo acesso seja consentido a um número finito de indivíduos, mas sem acepção de pessoas e sem necessidade de cartões ou bilhetes de entrada[23]. A mesma concetualização surge no Direito francês, que distingue as manifestações por se organizarem na via pública, contrapondo-as às reuniões, que têm lugar em locais fechados ou em locais vedados (*enclos*), como prados ou jardins[24]. Em suma, a distinção faz-se, nestes dois direitos, entre *reunião*, correspondendo ao estar em conjunto em locais fechados ou abertos ao público e não sujeito a aviso prévio, e *manifestação*, que se desenrola na via pública e é, em princípio, sujeita a aviso prévio. O artigo 17 da Constituição italiana subtrai expressamente à exigência de aviso prévio as reuniões em lugar aberto ao público[25].

O grau do risco de confrontos com cidadãos discordantes, de danos em bens alheios, de perturbações no trânsito ou de pressões físicas sobre titulares de órgãos de soberania ou da Administração é exponenciado pela presença dos manifestantes na via pública. A sujeição daqueles que se reúnem em lugar aberto ao público ao regime da manifestação parece, pois, uma compressão desnecessária (como mostram os exemplos italiano e francês) e introdutória de uma situação de desigualdade com aqueles que exercem a liberdade de reunião em lugar particular,

---

[23] Cfr. PACE, *Libertà Costituzionali*, p. 319 a 323.

[24] Cfr. RIVERO/MOUTOUH, *Libertés Publiques*, p. 242, 243 e 247.

[25] A lei alemã sobre reuniões e cortejos (*Versammlungsgesetz*), de 24.07.1953, apenas distingue reuniões públicas em espaços fechados (§§5 e seguintes) de reuniões públicas a céu aberto e cortejos (§§14 e seguintes). Se se levasse à letra a antiga expressão «a céu aberto» ficariam submetidas ao regime da manifestação todas as reuniões públicas efectuadas num espaço não coberto. A doutrina e a jurisprudência têm no entanto vindo a entender que aquilo que interessa é a finalidade com a qual a *Grundgesetz* utilizou a clássica expressão «*unter freiem Himmel*» para o efeito de permitir restrições legislativas ou com base na lei que não consente quanto às outras reuniões (§8, n.ºs 1 e 2). Ora o que terá presidido à permissão constitucional de restrições terá sido necessariamente a maior probabilidade de lesão de bens jurídicos individuais ou da comunidade quando as reuniões se efectuam em locais que não se encontram vedados do exterior. Desde que tal vedação exista e o caráter limitado do espaço permita uma visualização do conjunto dos participantes, não há razão para submeter a reunião a um regime pensado em função das condições reinantes na via pública. Levantam-se, no entanto, dúvidas quanto ao regime das reuniões que tenham lugar em grandes estádios, ainda que, nesses casos, a circunstância de o estádio ser coberto ou descoberto pareça irrelevante à luz dos interesses em causa. Cfr. DIETEL/GINTZEL/KNIESEL, *Demonstrations- und Versammlungsfreiheit*, p. 238.

sem que se divise um fundamento material bastante para justificar a desigualdade de tratamento[26].

9. Um quarto elemento necessário à configuração da manifestação enquanto objeto de direito fundamental é o da sua *natureza pacífica e sem armas*. O n.º1 do artigo 45.º da Constituição estabelece este «*pressuposto negativo*» relativamente à reunião, mas é óbvio que ele se estende – até por maioria de razão – à manifestação enquanto espécie de reunião. O caráter pacífico é, aliás, uma qualificação formulada para a reunião em geral, ou seja, compreendendo a manifestação, no artigo 20, n.º 1, da DUDH.

O imperativo do caráter pacífico e não armado da manifestação coloca-se, metodologicamente, num momento anterior ao das restrições ao direito fundamental, visto que se trata ainda de uma forma de demarcar pela negativa o seu *âmbito de proteção*. Não estamos perante uma restrição de uma liberdade em função de uma ponderação de valores conflituantes levada a cabo pela própria Constituição. Pensar assim significaria olvidar que o sistema dos direitos fundamentais é formulado na pressuposição de que se destina a funcionar no quadro de uma sociedade democrática (DUDH, artigo 29.º, n.º 2 e CEDH, artigo 11.º, n.º2). Nesta, a reunião violenta não possui qualquer valia, nem sequer *prima facie*, como instrumento de preservação e promoção da dignidade humana. A reunião violenta ou armada queda-se, pois, à partida, ou *prima facie*, em plano exterior ao do âmbito de proteção do artigo 45.º da Constituição. Os dois requisitos ou pressupostos negativos estabelecem cumulativamente um limite do âmbito de proteção ou *Tatbestand* daquele artigo 45.º no seu conjunto, por força do qual o círculo das reuniões e manifestações constitucionalmente protegidas exclui *ab initio* as que não sejam pacíficas e sem armas[27].

Encontra-se o mesmo entendimento doutrinário no tocante à função da exigência do caráter pacífico das reuniões como elemento material de delimitação do âmbito de proteção do artigo 11 da CEDH[28].

---

[26] Cfr. KLOEPFER, *Versammlungsfreiheit*, p. 752 e 753; PACE, *Libertà Costituzionali*, p. 318.

[27] Cfr. BENDA, in: *Bonner Kommentar*, p. 11; HERZOG, in: *Maunz/Dürig*, p. 25; KLOEPFER, *Versammlungsrecht*, p. 756; STERN/SACHS, *Staatsrecht*, III/2, p. 20 e 21.

[28] Cfr. FROWEIN/PEUKERT, *EMRK-Kommentar*, p. 411 ; GRABENWARTER, in : *Bonner Kommentar*, p. 1 a 3.

Uma manifestação não terá *caráter pacífico* se houver da parte dos seus organizadores o propósito de levar a cabo no respetivo decurso violência contra pessoas ou bens, ou quando essa violência se produza durante o seu desenrolar. O caráter não pacífico não se resume à prática de ofensas contra a integridade física ou contra bens que sejam passíveis de incriminação. Na Alemanha, o *BVerfG* definiu o caráter não pacífico (*Unfriedlichkeit*) como «aquelas condutas evidentes geradoras de perigo ou constituindo emprego da força (*Gewalttätigkeiten*) ou o cometimento de excessos de agressividade contra pessoas ou coisas»[29].

Uma questão complexa é a de saber se deve ser qualificada como *não pacífica* uma manifestação que decorre sem quaisquer violências contra pessoas ou bens, mas cujo propósito é o de defender uma solução com recurso à violência para determinado problema social ou de política interna ou externa. Deve entender-se que, em tal eventualidade, a forma de manifestação não prejudica a aplicação do regime da liberdade de expressão com as eventuais restrições próprias deste direito fundamental, já que a manifestação, enquanto tal, não escapa ao seu específico âmbito de proteção[30].

Outra questão que tem sido discutida é a de saber se não possui caráter pacífico a *manifestação de bloqueio* de determinada via de trânsito por manifestantes sentados ou deitados no solo (*sit-ins*, *Sitzblockaden*). Ora, ainda que um tal comportamento possa envolver ilicitude no quadro do Código Penal (artigos 288.º, n.º 1, alínea b) e, 290.º, n.º 1, alínea b) e 304.º) e do Código da Estrada (artigos 3.º, n.ºs 2 e 4), daí não resulta necessariamente que ele não caiba no âmbito de proteção do artigo 45.º, n.º2. Na medida em que couber, aquilo que haverá de fazer é aplicar essas normas restritivas em conformidade com a Constituição, a fim de concluir, à luz da ponderação das circunstâncias de cada caso concreto, se não deve prevalecer o interesse de liberdade, gerando-se uma causa de exclusão da ilicitude (Código Penal, artigo 31.º, n.º 2, alínea b))[31].

---

[29] Cfr. BENDA, in: *Bonner Kommentar*, p. 33.

[30] Cfr. HERZOG, in *Maunz/Dürig*, p. 7, 11 e 12. No mesmo sentido: HOFFMANN-RIEM, in: *Kommentar*, p. 754.

[31] No sentido de que o comportamento não deixa de ser pacífico só porque viola normas do Direito Penal ou outras normas restritivas, designadamente as que protegem a vazão do trânsito: BENDA, in: *Bonner Kommentar*, p. 35 e nota 111. Não considerando (contra o que pensamos) estas normas como restritivas do direito de manifestação, mas admitindo que seja restritiva a intervenção na liberdade

As obstruções da via pública por manifestantes sentados ou deitados no solo não perdem o caráter de manifestação pública, abrangida portanto no âmbito de proteção da liberdade de manifestação conquanto os manifestantes permaneçam passivos, isto é, não empreguem activamente a força. Essas formas de protesto poderão ser penalizadas e poderá a aplicação das normas restritivas que as tipificam para as punir fundar a proibição ou a ordem de dispersão da manifestação. Trata-se, no entanto, de restrições ao âmbito *prima facie* do direito de manifestação, que deverão ser aquilatadas no quadro da dogmática das restrições aos direitos fundamentais[32].

No tocante à determinação do caráter pacífico e sem armas de uma manifestação, levanta-se o problema de saber quais os objetos que correspondem ao conceito jurídico de armas. Na Europa, as jurisprudências e as doutrinas estendem aquele conceito a quaisquer objetos transportados por manifestantes que se mostrem adequados a perpetrar ofensas contra a vida e a integridade física de outrem, ou crimes de dano contra bens. Mais do que a classe do objeto, o que importa é a sua aptidão para ofender. Caiem assim sob o conceito barras de ferro, pedras e quaisquer outros objetos contundentes, bem como artefactos explosivos[33].

Para o caráter não armado da manifestação releva também a ausência de *armas de proteção* ou *armamento passivo*. Considera-se como tal tudo aquilo que possa servir de equipamento de defesa ou de ocultação da identidade contra a acção das forças da ordem, nomeadamente escudos, capacetes com viseiras ou máscaras. Aqueles que usem equipamento desta ordem não são manifestantes pacíficos, não exercendo portanto um direito fundamental, visto que se mostram dispostos a reagir ao emprego de coacção policial determinada por motivos de ordem pública, ou tendo

---

que venha eventualmente a ser infligida com base na criminalização (ou ilicitude de mera ordenação social, acrescentamos) criada pelo legislador para ponderar o peso do direito fundamental à luz das circunstâncias do caso: REIS NOVAIS, *As Restrições*, p. 229 e 230.

[32] Cfr. BENDA, in: *Bonner Kommentar*, p. 34; HERZOG, in: *Maunz/Dürig*, 18, 19, 24 e 25. Nos mesmos termos, relativamente ao caráter pacífico, para os efeitos do artigo 11 da CEDH, do bloqueio sentado, desde que os manifestantes não usem activamente a força: GRABENWARTER, in: *Bonner Kommentar*, p. 2, 6 e 7. Este Autor sublinha, a páginas 12, o dever de proteção pelos Estados Membros da União Europeia da liberdade fundamental de circulação de mercadorias contra os bloqueios causados por manifestantes. Em sentido contrário, isto é, de que não são pacíficas as manifestações convocadas para bloquear o trânsito: FROWEIN/PEUKERT, *EMRK-Kommentar*, p. 411.

[33] Cfr. BARTOLOMÉ, *Derechos Fundamentales*, p. 186; GUSY, in: *Kommentar*, p. 935 e 936; KLOEPFER, *Versammlungsfreiheit*, p. 757; NACCI, *Libertà di Riunione*, p. 171. Mais recentemente, a Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro, estabeleceu um minucioso elenco de tipos de armas e a sua classificação.

em vista garantir a segurança de pessoas e bens. Assim será, a menos que existam fortes razões para que os manifestantes possam temer a agressão de contramanifestantes ou a identificação por parte de entidades não públicas, caso em que, sobretudo, a repressão da ocultação de identidade ficará sujeita ao regime das restrições[34].

10. Em suma, o *interesse de liberdade protegido* pelo n.º 2 do artigo 45.º da Constituição consiste na aptidão, para a preservação e promoção da dignidade humana de cada cidadão, da sua não impedida e garantida presença física conjunta com outros em quaisquer lugares públicos com o fim de exprimir, pacificamente e sem armas, propósitos ou sentimentos colectivos. Este interesse constitui o *âmbito de proteção prima facie* do direito fundamental de manifestação. Na falta de qualquer um de entre os quatro elementos estruturantes, não nos encontraremos perante uma *manifestação*, objeto do direito constitucionalmente garantido.

IV. *Os comportamentos grupais excluídos do âmbito de proteção ao nível da Constituição*

11. A determinação dos elementos que formam o objeto material da proteção e que, positiva e negativamente, delimitam o *âmbito de proteção* do direito de manifestação, bem como a especificação dos meios jurídicos cuja consagração materializa a *posição de vantagem* dos cidadãos assente em tal proteção, ajuda-nos a compreender que existam outros modos de as pessoas se encontrarem fisicamente juntas sem que por tal motivo beneficiem da proteção garantida pela Lei Fundamental aos manifestantes.

É, desde logo, aquilo que sucede com aqueles que exercem o *direito de reunião* em sentido estrito, muito embora se descubra aí uma sobreposição parcial de âmbitos de proteção, em virtude de a manifestação ser uma espécie de reunião com um regime só parcialmente autónomo.

---

[34] Cfr. BENDA, in: *Bonner Kommentar*, p. 35; GUSY, in: *Kommentar*, p. 936; KLOEPFER, *Versammlungsfreiheit*, p. 760. Sobre coação direta, ou coação administrativa policial, v. JOÃO RAPOSO, *Autoridade e Discricionariedade*, p. 6 e 7.

Mas importa agora, sobretudo, referir *comportamentos grupais que não são objeto de qualquer destes direitos*.

Temos, em primeiro lugar, as *movimentações coletivas de pessoas armadas* ou por outra forma *não pacíficas*, exercendo violência sobre outras pessoas ou sobre bens. Essas situações correspondem à incriminação por participação em motim, ou em motim armado. Tecnicamente, os preceitos de ordem criminal que procedem a tal qualificação não constituem restrições ao direito de manifestação, visto que as condutas a que respeitam escapam ao respetivo âmbito de proteção.

Um outro elemento – esse positivo – do *Tatbestand* de manifestação, cuja ausência provoca a desqualificação dos conjuntos de pessoas em mero *ajuntamento*, é o propósito de expressar em comum uma finalidade ou um sentimento. Trata-se de aglomerações «sem efeito de manifestação» por lhes faltar um papel activo do colectivo como agente comunicativo. São, por exemplo, os casos das pessoas que se juntam numa praia, ou num parque de diversões, ou para ouvir um concerto. As pessoas reunidas numa festa popular, num mercado ou num evento desportivo não pretendem transmitir à colectividade um ponto de vista conjunto, ou seja, contribuir para a formação da opinião pública.

Dada a infinda variabilidade das situações em sociedade, haverá no entanto casos em que a fronteira não será fácil de definir à luz do *critério do propósito comunicativo*. Sendo a dúvida legítima, o princípio *pro libertate* manda que essas situações sejam ordenadas ao âmbito de proteção do artigo 45.º, n.º 2, da Constituição[35].

V. *A proteção do interesse de liberdade através da consagração de posições de vantagem*

12. No Direito Constitucional português, entre muitos outros, um dos quais o brasileiro, os direitos fundamentais caraterizam-se pela dupla dimensão objetiva e subjetiva. A par da sua vertente normativa, devemos, pois, considerá-los como *direitos subjetivos*, ou seja, como *posições de vantagem resultantes da consagração*

---

[35] Cfr. HOFFMANN-RIEM, in: *Kommentar*, p. 752; PACE, *Libertà Costituzionali*, p. 306 e 307.

de meios jurídicos aos fins da pessoa individualmente considerada[36] [37]. Como direitos subjetivos fundamentais, os direitos fundamentais representam um emprego da técnica da jussubjetivação, assente na atribuição direta, e não meramente reflexa, de um espaço de liberdade. Aquilo que os carateriza no âmbito dos direitos subjetivos em geral são os *meios jurídicos* afetados[38] e os *fins* visados com tal afetação. Essa afetação de meios jurídicos traduz-se na atribuição de vantagens através de determinações normativas dirigidas ao sujeito e a terceiros. Consistem elas em poderes ou faculdades e nos correspondentes deveres e adstrições. A origem constitucional não basta para caraterizar os direitos fundamentais, visto que a Constituição subjetiva outros tipos de situações. Releva, portanto, a *fundamentalidade material*, traduzida em os fins da pessoa individualmente considerada visados pela afetação de meios serem, em última linha, os da preservação e valorização da dignidade da pessoa humana.

Podemos assim definir *direitos fundamentais*, na sua vertente subjetiva, como *posições de vantagem resultantes da afetação constitucional de meios jurídicos ao fim de preservação e valorização da dignidade da pessoa humana individualmente considerada*.

13. Sendo o bem jurídico protegido um *interesse de liberdade*, um primeiro tipo de posição de vantagem é o *poder de exigir um comportamento negativo* das autoridades e dos outros cidadãos quanto ao exercício individual da atividade de se manifestar, tal como resultante do âmbito de proteção do direito.

---

[36] Sobre a dupla natureza objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais no Direito brasileiro, v., a título de exemplo: MENDES, Gilmar / BRANCO, Paulo, *Direito Constitucional*, 166 s.; NETTO, Luísa Pinto e, *A Abertura Do Sistema De Direitos Fundamentais*, p. 106 e 107; INGO SARLET, *A Eficácia Dos Direitos Fundamentais*, p. 141 s.; SILVA, José Afonso da, *Direito Constitucional*, p. 179 e 180.

[37] Partimos do conceito de direito subjetivo de OLIVEIRA ASCENSÃO (*Teoria Geral do Direito Civil*, III, p. 74 a 104), assumido no desenvolvimento dos pensamentos de GOMES DA SILVA e DIAS MARQUES. Apenas acrescentamos, por nossa iniciativa, no fim da definição, a expressão «individualmente considerada», proveniente do conceito de GOMES DA SILVA. É uma fórmula que nos parece merecer ser retida por sublinhar o nível significativo-ideológico da autonomia de cada pessoa concreta como sendo o valor a preservar. Sobre a importância do nível significativo-ideológico da jussubjetivação, v. MENEZES CORDEIRO, *Tratado, I, Tomo 1*, p. 124. Embora a definição de direito subjetivo sustentada por este Autor (permissão normativa específica de aproveitamento de um bem) também o retrate, preferimos a primeira precisamente à luz de uma opção significativa-ideológica, ou seja, por ser mais claramente subjetivista quando visto o direito a partir do sujeito e não da norma.

[38] A *afetação* de meios jurídicos significa, no presente texto, consagração, atribuição, e não perturbação ou restrição.

O caráter coletivo da manifestação não significa que seja ela um sujeito de direito, porque é tão só um exercício em conjunto de direitos fundamentais dos que a organizam e dos que nela participam. Na sua essência, é, pois, individual. O seu âmbito de proteção e as restrições que o encurtam não incidem sobre a manifestação como um todo, mas sobre as pessoas singulares que nela tomam parte e, quando muito, as pessoas coletivas que exercem a iniciativa de a organizar. O direito de manifestação mantém, na atualidade, plenamente a sua natureza de *direito de defesa*, integrante do *status negativus* dos cidadãos: um direito de cada um destes a um comportamento omissivo do Estado, consistindo no não impedimento da atitude individual de organizar uma manifestação e, ou, de nela tomar parte[39].

Mas, mesmo sob o aspeto singelo desta *pretensão negatória* (*negatorische Anspruch*) ou *pretensão de não atuação impeditiva* por um terceiro (*Unterlassensanspruch*), o direito de manifestação revela-se um direito fundamental *como um todo* (*als Ganze*), isto é, como um feixe de meios jurídicos afetados à realização dos fins daquele que quer manifestar-se[40]. Com efeito, a liberdade de manifestação desdobra-se desde logo na liberdade de promover a manifestação e na liberdade de participar[41].

A *liberdade de promover* envolve uma grande diversificação de *pretensões de liberdade*, ou seja, *de escolha de comportamentos* respaldados pela pretensão de não impedimento. Uma vez que, em princípio, a manifestação tem de constituir objeto de aviso prévio, alguém tem de se afirmar como autor da iniciativa. Esse aviso deverá conter a indicação da data, da hora, do local, do objeto e, quando se tratar de um desfile, do trajeto a seguir. Logo neste ponto, sobressai um importantíssimo *objeto de livre escolha*. Todos têm o direito de promover uma manifestação pacífica e sem armas, escolhendo estes elementos que lhe conferem um caráter próprio[42]. Mas a liberdade assegurada aos promotores não fica por aqui, uma vez que têm que

---

[39] Cfr. HERZOG, in: *Maunz/Dürig*, p. 15 e 16; KLOEPFER, *Versammlungsfreiheit*, p. 742 e 743.

[40] Cfr. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 224.

[41] Cfr. KLOEPFER, *Versammlungsfreiheit*, p. 752. Este e alguns outros autores alemães, baseando-se no regime da *Versammlungsgesetz*, distinguem mesmo entre liberdade de promover, liberdade de dirigir e liberdade de participar.

[42] Cfr. DUFFAR, *Libertés et Droits Fondamentaux*, p. 30 e 31 ; HERZOG, in : *Maunz/Dürig*, p. 30.

poder adotar os procedimentos necessários à preparação e organização do evento. Podem, por exemplo, fazer publicidade e dirigir convites à participação, organizar transportes e o acolhimento dos manifestantes, formar um serviço de ordem, escolher os oradores quando os houver, preparar palavras de ordem[43].

Quanto à *liberdade de participar*, enquanto elemento do *status negativus*, ela desdobra-se também em várias pretensões, a mais significativa das quais é a de se não ser perturbado pelas autoridades enquanto se age pacificamente e sem armas como manifestante. Durante a manifestação, os participantes podem empreender todos os comportamentos pacíficos atinentes à ideia, opinião ou programa que se trata de sublinhar. Podem fazê-lo com a simples presença, com o entoar de cânticos ou palavras de ordem, com a exibição de dísticos e até com gestos simbólicos, como o de queimar bandeiras[44]. Estes comportamentos não deixarão, porém, de ser sancionáveis sempre que o sejam fora do quadro de uma manifestação. O exercício do direito fundamental não cria imunidade relativamente a condutas que, em si mesmas, sejam objeto de desvalor jurídico por força de preceitos avulsos que não estabeleçam eles próprios uma restrição inconstitucional à liberdade de manifestação. Assim, por exemplo, concretas ameaças de morte dirigidas a agentes de autoridade individualizados, ou grafitos insultuosos contra magistrados nas paredes de um tribunal, são atos puníveis nos termos gerais. Mas os manifestantes não podem ser globalmente responsabilizados por eles: é necessária a prova de autoria individualizada ou, quanto aos promotores, a de que se solidarizaram com esses atos[45].

O feixe de posições jusfundamentais dos manifestantes inclui também a pretensão da não perturbação das deslocações para o local e no regresso a casa. O impedimento da passagem, a multiplicação de controlos excessivos representam, na primeira hipótese, uma restrição destinada a impedir o exercício do direito e, na segunda, uma penalização desse exercício. Ingerência indevida destinada a restringir

---

[43] Cfr. DIETEL/GINTZEL/KNIESEL, *Demonstrations- und Versammlungsfreiheit*, p. 46 e 102 a 105. Também sobre o direito de organizar manifestações: BARBERA, in: *Studi C. Esposito*, p. 2746.

[44] Sobre o papel das condutas de expressão simbólica de uma atitude ou opinião política enquanto expressão do pensamento, v. REIS NOVAIS, *As Restrições*, p. 944 e 947.

[45] Cfr. No sentido de que não há qualquer «privilégio de manifestação»: HERZOG, in: *Maunz/Dürig*, p. 38.

a liberdade de manifestação seria também – como o TEDH considerou no caso *Ezelin* – a aplicação de sanções, por desacatos cometidos durante a manifestação, a manifestantes relativamente aos quais se não prova conduta não pacífica numa manifestação que não tenha sido proibida, nem haja sido objeto de uma ordem de interrupção.

Entre as faculdades que constituem meios jurídicos afetados à realização dos fins das pessoas dos manifestantes, não consta, porém, a de se transportarem em veículo automóvel ao longo do trajeto da manifestação. Os *cortejos motorizados* não caiem sob o âmbito de proteção da Constituição: como espécie de reunião, a manifestação requer a presença conjunta de pessoas «no âmbito das suas imediatas explicitações externas», ou seja, de seres humanos em contacto físico imediato e igualitário[46].

14. Do conteúdo objetivo das normas que enunciam direitos fundamentais de defesa, faz parte o *dever de proteção*. Sobre o Estado de Direito democrático incide um *dever geral de proteção* (*allgemeine Schutzpflicht*) dos direitos fundamentais, incluindo o dever de proteção dos direitos de defesa em face de terceiros que os ofendam ou se aprestem para o fazer. Esse dever geral desdobra-se numa multiplicidade de deveres, na maioria dos casos implícitos. Também os encontramos como conteúdo do preceito da Constituição, que enuncia o direito de manifestação. A par de constituir o Estado num dever de não intervir, de não privar, de não limitar desnecessariamente, aquele preceito também investe o Estado no papel de *protetor do direito de manifestação*. Este imperativo constitucional materializa ele próprio uma norma com a natureza de princípio, fazendo-se a sua aplicação em termos de imperativo de otimização. O bem protegido pelo direito de manifestação é um bem carecido de proteção, relativamente ao qual se podem evidenciar ofensas físicas por terceiros na posição de *contramanifestantes*. Este *dever de garantia da liberdade de manifestação* incide, com diferentes graus de concretude, tanto sobre o legislador, como sobre a administração e o julgador.

---

[46] Cfr. PACE, *Libertà Costituzionali*, p. 307. Falando de colunas automóveis, ou de tratores, ou de cavaleiros, ou, até, de embarcações como formas de manifestação no Direito austríaco: WINKLER, *Studien*, p. 213.

O dever de proteção pela via legislativa vai, no entanto, mais além da simples prevenção do efeito disruptivo das contramanifestações, envolvendo igualmente o estabelecimento dos instrumentos organizatórios e procedimentais de um efetivo exercício da liberdade. Essa legislação, seja ela uma lei geral sobre reunião e manifestação, seja a legislação sobre segurança e polícia, deverá não só possibilitar, mas facilitar, a promoção e o desenrolar de manifestações pacíficas e sem armas, correspondendo, designadamente, a uma pretensão à proteção estadual da liberdade e da integridade física dos manifestantes. O Estado não deve promover manifestações: estas provêm de iniciativas da sociedade civil. Mas cumpre-lhe manter uma posição de abertura e criação das condições que dele dependam para o exercício deste como de quaisquer outros direitos, liberdades e garantias[47].

A existência de um dever estadual de proteção dos manifestantes e da correspondente posição jurídica ativa destes em face do Estado foi amplamente reconhecida pelo TEDH, no Acórdão de 21.06.1988 proferido no caso *Ärzte für das Leben*. Uma associação acusava as autoridades austríacas de não haverem assegurado o desenvolvimento normal de duas manifestações contra a interrupção voluntária da gravidez através das providências concretas capazes de garantir a liberdade dos manifestantes perante as indevidas interferências de terceiros. Afirmando que não pretendia «elaborar uma teoria geral das obrigações positivas», o Tribunal afirmou que, quando uma manifestação é de molde a poder desencadear reações hostis, os participantes devem poder levá-la a cabo ainda assim sem receio de serem brutalizados. E, numa democracia, o direito de contramanifestar não pode ir até ao ponto de paralisar o direito de manifestação dos outros. Em situações como estas, o Estado não pode remeter-se para uma simples posição de não-ingerência, cabendo-lhe adotar as medidas razoáveis e apropriadas a fim de assegurar o desenrolar pacífico das manifestações lícitas.

Mas esta - advertiu o Tribunal - é uma obrigação de meios e não de resultados, uma vez que, em domínios como estes, não há garantias absolutas. Os Estados serão julgados, isso sim, segundo o padrão da razoabilidade e propriedade ou adequação das medidas que tomarem. Na verdade – acrescento eu - o dever de proteção, e,

---

[47] Cfr. BENDA, in: *Bonner Kommentar*, p. 39 a 41.

sobretudo, o dever de proteção administrativa, tem de ser aferido à luz de *parâmetros de possibilidade*. A Administração não pode libertar os particulares da presença do risco nas suas existências (*für ein «Null-Risiko» besteht keine Verfassungspflicht*)[48]. Mas, quando seja possível, a proteção, designadamente a policial, que caiba nas atribuições e competências, é um *dever da Administração*. Tal dever representa um dos modos como os direitos fundamentais limitam diretamente a discricionariedade administrativa. Esta poderá mesmo ver-se reduzida a zero, quando uma certa medida de proteção seja necessária e, simultaneamente, a única possível[49].

Perante a promoção de manifestações de sentidos opostos para os mesmos dia e hora, a natureza multipolar das relações jurídicas administrativas em causa e a necessidade de agir em satisfação de direitos fundamentais colidentes (*grundrechtlichen Gewährleistungen*) exigem um balanceamento de procedimentos e medidas que consolida a discricionariedade administrativa em vez de a corroer[50].

15. Importa fazer ainda uma breve referência à proteção do interesse de liberdade dos promotores e participantes de contramanifestações e de manifestações simultâneas. As segundas distinguem-se das primeiras por não haver oposição de objetos, mas tão só cumulação de pretensões quanto ao uso dos locais no mesmo dia e hora. Desde que pacíficas, todas estas manifestações se quedam também sob o âmbito de proteção do direito fundamental[51]. A colisão de direitos fundamentais força, porém, as autoridades competentes a ponderações apontando para a sua concordância prática. Este é um campo em que o dever de proteção legislativa deveria conduzir ao estabelecimento de regras objetivas de conformação destinadas a reduzir tanto quanto possível o âmbito da discricionariedade administrativa[52].

16. Cumpre, por fim, lembrar que a afetação aos titulares do direito de manifestação de um meio jurídico constituído por uma pretensão de não ingerência na esfera de liberdade, tanto respeita à compressão do propósito de promover manifestações e, ou, de nelas participar, como a quaisquer injunções no sentido de

---

[48] Cfr. BECK, Ulrich, *World Risk Society*; DI FABIO, *Risikoentscheidungen*, p. 44s.
[49] Cfr. LAUB, *Die Ermessensreduzierung*, p. 54 s.
[50] Cfr. PACHE, *Tatbestandliche Abwägung*, p. 471.
[51] Cfr. HOFFMANN-RIEM, in: *Kommentar*, p. 761.
[52] Cfr. HERZOG, in: *Maunz/Dürig*, p. 19.

que os seus destinatários promovam e, ou, participem em certa manifestação. Forçar alguém a tomar parte numa manifestação concretiza uma ingerência sobre o interesse de liberdade. Sob este ângulo, o *status negativus* torna-se ambivalente: ele significa não apenas a efetividade da rejeição de uma ingerência na esfera individual, mas a capacidade autodeterminada do sujeito de se negar a uma conduta pretendida por outrém[53].

VI. *O conceito constitucional de manifestação*

17. Concluindo o presente trabalho analítico dedicado ao *âmbito de proteção* do direito fundamental de manifestação enquanto liberdade positiva e negativa, estamos em condições de sustentar que *manifestação* é a *presença conjunta física e voluntária de pessoas num lugar público, agindo pacificamente e sem armas, com o propósito de expressar em comum uma finalidade ou um sentimento*.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*[3], Frankurt-am-Main: Suhrkamp, 1996 (citado: *Theorie der Grundrechte*).

von ARNAULD, Andreas, *Die Freiheitsrechte und ihre Schranken*, Baden-Baden: Nomos, 1998 (citado: *Die Freiheitsrechte*).

BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, *Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003 (citado: *Libertades Públicas*).
BECK, Ulrich, *World Risk Society*, Cambridge: Polity, 2000 (citado: *World Risk Society*).

BENDA, *Comentário ao artigo 8 da Grundgesetz*, in: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, III, Heidelberg: C.F.Müller, 1995 (citado: in: *Bonner Kommentar*).

---

[53] Sobre a vertente negativa das liberdades, veja-se, a título de exemplo, ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 199 s. A propósito da inadmissibilidade de um dever de exercício de direitos fundamentais: STERN/SACHS, *Staatsrecht III/2*, p. 1065 e 1066. Sobre o papel preverso da organização de manifestações pelo Estado e da conexa imposição de participação enquanto fenómenos próprios do Estado totalitário ou autocrático, v. DIETEL/GINTZEL/KNIESEL, *Demonstrations- und Versammlungsfreiheit*, p. 22, 56 e 310.

DIETEL/GINTZEL/KNIESEL, *Demonstrations- und Versammlungsfreiheit – Kommentar zum Gesetz über Versammlungen und Aufzüge*[14], Köln: Carl Heymanns Verlag, 2005 (citado: *Demonstrations- und Versammlungsfreiheit*).

DUFFAR, Jean, *Les Libertés Collectives, Libertés et Droits Fondamentaux*, Paris : Montchrestien, 1996 (citado : *Libertés et Droits Fondamentaux*).

FROWEIN/PEUKERT, *Europäische MenschenRechtsKonvention, EMRK-Kommentar*[2], Kehl : N.P.Engel Verlag, 1996 (citado : *EMRK-Kommentar*).

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*[7], Coimbra: Almedina, 2003 (citado: *Direito Constitucional*);

- *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004 (citado: *Estudos*).

GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*[4], Coimbra: Coimbra Editora, 2007 (citado: *Constituição Anotada*).

GRABENWARTER, *Nachbem. 2. Art 8: Europarecht*, in: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, III, Heidelberg: C.F. Müller, 2002 (citado: in: *Bonner Kommentar*).

GUSY, Christoph, *Comentário ao artigo 8*, in: Christian Starck (Herausg.), *Das Bonner Grundgesetz – Kommentar*, I[4], München: Verlag Franz Wahlen (citado: in: *Kommentar*);

HERZOG, Roman, *Comentário ao artigo 8 da Grundgesetz*, in: MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz-Kommentar*, II, München: C.H.Beck, 1987 (citado: in: *Maunz/Dürig*).
HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, *Comentário ao artigo 8*, in: Baümlin e outros, *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Band I, Luchterhand, 1984 (citado: in: *Kommentar*).

ISENSEE, Josef, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als Staatliche Schutzpflicht*, in: ISENSEE/KIRCHHOF (Herausg.), *Handbuch des Staatsrechts*, V, *Allgemeine Grundrechtslehren*, Heidelberg; C.F.Müller, 1992 (citado: *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als Staatliche Schutzpflicht*).

KLOEPFER, Michael, *Versammlungsfreiheit*, in: ISENSEE/KIRCHHOF (Hrsg), *Handbuch des Staatsrechts*, VI, *Freiheitsrechte*, Heidelberg: C.F.Müller, 1989 (citado: *Versammlungsfreiheit*).

LAUB, Karin, *Die Ermessensreduzierung in der Verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung*, München: Herbert Utz Verlag, 2000 (citado: *Die Ermessensreduzierung*).

LEBRETON, Gilles, *Libertés publiques et droits de l'Homme*[7], Paris : Armand Colin, 2005 (citado : *Libertés publiques*).

LERCHE, Peter, *Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff*, in: ISENSEE/KIRCHHOF (Hrsg), *Handbuch des Staatsrechts*, V, *Allgemeine Grundrechtslehren*, Heidelberg: C.F.Müller, 1992 (citado: *Grundrechtlicher Schutzbereich*).

MELO ALEXANDRINO, José de, *A greve dos juízes – segundo a Constituição e a dogmática constitucional*, in: *Estudos em Memória do Professor Marcello Caetano* (inédito), (citado: *A greve dos juízes*).

MENDES, Gilmar / BRANCO, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 9.ª ed., São Paulo: Saraiva (citado: *Direito Constitucional*).

MENEZES CORDEIRO, António de, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo 1*, Coimbra: Almedina, 1999 (citado: *Tratado, I, Tomo 1*).
MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, IV, *Direitos Fundamentais*[3], Coimbra: Coimbra Editora, 2000 (citado: *Direitos Fundamentais*).

MIRANDA DE SOUSA, João Paulo, *O Direito de Manifestação*, in: Boletim do Ministério da Justiça, n.º 375, Abril de 1988 (citado: *O Direito de Manifestação*).

NACCI, Paolo, *Libertà di Riunione*, in: SANTANIELLO (Dir.), *Trattato di Diritto Amministrativo*, XII, *Libertà Costituzionali e Limitti Amministrativi*, Padova: CEDAM, 1990 (citado: *Libertà di Riunione)*.

NETTO, Luísa Pinto e, *A Abertura Do Sistema De Direitos Fundamentais Do Estado Constitucional*, Curitiba: Editora Íthala, 2016 (citado: *A Abertura Do Sistema De Direitos Fundamentais*).
OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, *Direito Civil – Teoria Geral*, III, *Relações e Situações Jurídicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002 (citado: *Teoria Geral do Direito Civil*, III).

PACE, Alessandro, *Problematica delle libertà costituzionali – Parte speciale*[2], Padova: CEDAM, 1992 (citado: *Libertà costituzionali*).

PACHE, Eckhard, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, Tübingen: Mohr, 2001 (citado: *Tatbestandliche Abwägung*).
PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte/Staatsrecht II*[16], Heidelberg: C.F.Müller, 2000 (citado: *Grundrechte*).

RAPOSO, João, *Autoridade e Discricionariedade: a Conciliação Impossível ?*, Lisboa: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2005 (citado: *Autoridade e Discricionariedade*).

REIS NOVAIS, Jorge, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003 (citado: *As Restrições*).

SARLET, Ingo, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*[3], Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004 (citado: *Dignidade da Pessoa Humana*);

- *A Eficácia Dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais Na Perspetiva Constitucional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 10.ª ed., 2009 (citado: *A Eficácia Dos Direitos Fundamentais*).

SCHULZE-FIELITZ, Helmuth, *Comentário ao artigo 8*, in: Horst Dreier (Herausg.), *Grundgesetz Kommentar*, I, Tübingen: Mohr, 1995 (citado: *Kommentar*).

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 33.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010 (citado: *Direito Constitucional*).

STERN/SACHS, *Der Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band III/1 e Band III/2, *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, München: C.H. Beck, 1988 e 1994 (citado: *Staatsrecht*, III/1 ou III/2).

WINKLER, Günther, *Grundfragen und aktuelle Probleme der Versammlungsfreiheit*, in: *Studien zum Verfassungsrecht*, Wien-New York: Springer, 1991 (citado: *Studien*).

30. CETTE GRANDE LUEUR AU SUD GLOBAL. LES LEÇONS CONSTITUTIONNELLES VENUES D'AMÉRIQUE LATINE

 https://doi.org/10.36592/9786554600668-30

Stéphane Pinon[1]

RESUMES

Le droit constitutionnel latino-américain se singularise sur bien des aspects : son ancienneté, le nombre de constitutions expérimentées depuis l'époque de l'indépendance (plus de deux-cent cinquante), sa créativité, son avant-gardisme dans le champ de la protection des droits ou dans le domaine environnemental. Et malgré tout, ce droit demeure largement délaissé par la doctrine française. L'habitude consiste en effet à l'enfermer dans une unicité historique et conceptuelle transformant l'Amérique latine en zone géographique indistincte, une sorte de continent d'instabilité et de constitutions de « papiers ». Le temps d'une juste reconnaissance est venu. Elle prend la forme, dans cette étude, d'un hommage rendu aux grandes innovations issues de ce constitutionnalisme du Sud et d'un retour sur cette culture de l'hybridation des modèles, pour le meilleur et pour le pire.

The Latin-American constitutional law stands out in many ways: its seniority, the number of experienced constitutions since the time of independence (over two hundred and fifty), its creativity, its avant-garde nature in the field of rights protection or in the environmental field. And despite everything, this right remains largely neglected by French doctrine. The habit is indeed to enclose it in a historical and conceptual uniqueness, transforming Latin America into an indistinct geographical area, a sort of continent of instability and of constitution of "papers". The time has come for fair recognition. In this study, this recognition takes the form of a tribute to the great innovations of Southern constitutionalism and a review of this culture of hybridization of models, for better or for worse.

---

[1] Professeur de Droit constitutionnel. Membre du Cercop de l'Université de Montpellier. Enseignant à l'Université de La Rochelle.

« Cette grande lueur à l'Est » fut le titre donné par Jules Romain, en 1945, au volume 19 de son œuvre monumentale : *Les Hommes de bonne volonté*. Après un premier mouvement de sympathie pour l'expérience soviétique, ses personnages vont être progressivement gagnés par les désillusions. Un cheminement inverse est intervenu en amont de cette étude : au scepticisme des premières découvertes sur le droit constitutionnel en Amérique latine, il y a quelques années, a succédé l'enchantement. Nous sommes en effet sur une terre de grand dynamisme juridique, qui se manifeste par une tradition d'innovations, d'hybridations constitutionnelles et de relecture depuis peu de la doxa démocratique.

Etudier le droit constitutionnel en Amérique latine c'est entrer dans le champ des surprises, en réalité innombrables. La première ? Les constitutions de la région sont souvent très détaillées, parfois porteuses d'espoirs infinis. Ce fut le cas de la Constitution équatorienne du 20 octobre 2008, longue de 444 articles (un record sur le Continent !). Pendant que le Président de l'époque, Rafael Correa, y voyait l'institutionnalisation de la « révolution citoyenne », le professeur Equatorien Ramiro Ávila Santamaría évoquait un « saut qualitatif » : le passage d'un modèle d'Etat et de droit « colonisateur » à un autre « décolonisateur », « d'un Etat qui exerce le pouvoir pour dominer, homogénéiser, trier et opprimer, à un autre qui démocratise le pouvoir pour émanciper, respecter et promouvoir les différences (…) »[2]. Rubén Martínez Dalmau, professeur à l'Université de Valence en Espagne, ira encore plus loin en considérant cette nouvelle Constitution comme « la plus avancée du monde ». Il compare son importance à celle léguée par la Constitution française de 1791, par la Constitution des Etats-Unis ou par la Constitution de Cadix de 1812. L'enseigner, la faire connaître, permettrait aux gens de comprendre que ce texte va servir de « modèle pour tout constitutionnalisme démocratique dans le futur »[3]. La deuxième ? Dans l'histoire des déclarations des droits, on oublie de se référer au Venezuela et à

---

[2] R. ÁVILA SANTAMARÍA, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, éd. Abya-Yala/Universidad Andina Simón Bolivar, 2011, p. 237. (Les citations de textes en langue étrangère sont traduites par l'auteur).

[3] J. M. SOSA SACIO, « ¿Qué es el nuevo constitucionalismo latinoamericano? Entrevista a Rubén Martínez Dalmau », *Gaceta Constitucional*, n°52, 2012. p. 308. Le pays s'était déjà démarqué par le passé, notamment par sa Constitution parlementarisé de 1929 qui accordait, pour la première fois dans la région, le droit de vote aux femmes (dans une petite localité de l'Uruguay ce vote avait déjà été expérimenté, en 1927, avant sa généralisation par la loi en 1932).

sa Déclaration des droits du Peuple du 1er juillet 1811, adoptée quatre jours avant la proclamation de l'indépendance du pays. Ce fut la première à être rédigée dans un cadre *républicain*, après les déclarations nord-américaine et française[4].

La troisième ? Á défaut de parvenir toujours à contenir le rôle des présidents de la République dans l'espace, beaucoup de pays de la région ont choisi de le contenir dans le temps. On comprend dès lors pourquoi, historiquement, les clauses constitutionnelles de limitation des mandats présidentiels y sont si fréquentes (déjà présentes dans dix-neuf pays à la fin des années 20). Les constituants, comme les membres de la doctrine, y ont toujours vu une arme juridique de premier plan dans cette lutte contre la culture lancinante du « *caudillismo* », propre à favoriser la réélection continue[5]. Regardé en France comme périphérique dans l'étude des régimes, ce type de clause apparaît comme une composante à part entière de l'identité constitutionnelle des démocraties en Amérique latine. Il existe des gradations différentes dans la limitation : soit, dans une conception flexible, le texte constitutionnel autorise la réélection immédiate du Président pour seulement deux mandats consécutifs (Argentine, Bolivie, Brésil) ; soit, dans une conception rigide, la constitution interdit absolument toute réélection pour la personne ayant exercé un mandat (Colombie, Guatemala, Honduras, Mexique, Paraguay) ; soit, dans une conception intermédiaire, le texte autorise la réélection mais de manière non immédiate (Chili, Costa Rica, Panama, Pérou, Salvador, République Dominicaine, Uruguay). La Constitution du Salvador de 1983 contient même des dispositions qui détonnent. L'article 75.4, par exemple, prévoit une perte des « *droits de citoyenneté* » pour tous ceux qui essaient de « *promouvoir ou d'appuyer la réélection ou la continuation du Président de la République* ». Tandis que l'article 88 établit l'obligation d'exercer « *le droit à l'insurrection* » en cas de réélection ! Dans les faits, toutefois, on ne s'étonnera pas que ces clauses – souvent exclues du domaine de la

[4] Sur la richesse et l'instabilité de l'histoire constitutionnelle vénézuélienne (un total de vingt-six constitutions), voir A. R. BREWER-CARÍAS, « Historia constitucional de Venezuela », in F. M. GARCÍA COSTA, A. SANT'ANA PEDRA, J. C. MUÑEZ PÉREZ, D. SOTO CARRASCO (dir.), *Historia constitucional de iberoamérica*, Valencia, éd. tirant lo blanch, 2019, p. 727.

[5] Le 7 février 1923, cinq pays d'Amérique centrale vont même signer, à Washington, un traité « établissant une garantie internationale du régime constitutionnel et de la non-réélection présidentielle ». Cité par B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les constitutions des nations américaines*, Paris, Librairie Delagrave, 1932, p. CXXI.

révision – aient pu s'exposer aux pires manœuvres politico-juridiques afin d'être contournées, comme celle consistant à demander aux juges constitutionnels d'invalider le dispositif de limitation. Ce fut le cas au Nicaragua en 2009 (limitations issues d'une révision constitutionnelle déclarées inconstitutionnelles *a posteriori*), au Honduras en 2015 puis en Bolivie en 2017 (inapplicabilité du dispositif constitutionnel au regard de sa prétendue « inconventionnalité »[6]), et encore récemment au Salvador (au nom de son incompatibilité avec les prétendues volontés du peuple souverain[7]) !

De surprises en surprises, on s'aperçoit que nous sommes en réalité très loin des représentations habituellement données sur l'Amérique latine. Ce territoire constitutionnel riche de presque vingt pays[8], de plus de deux-cent-cinquante constitutions appliquées (une moyenne de treize par pays), d'une expérience républicaine d'environ deux siècles, avant-gardiste sur bien des points, fut longtemps délaissé par l'historiographie juridique française.

I. L'Amérique latine : éléments sur une histoire constitutionnelle délaissée

Pourquoi un tel abandon en France, tant ce versant Sud du continent américain a des choses à nous apprendre, sans compter ce que nous lui devons déjà ? Des premiers pas scientifiques ont eu lieu ces dernières années, souvent d'une immense richesse, mais toujours insuffisants pour inverser la tendance générale : celle d'un espace constitutionnel méprisé, du moins largement sous-estimé.

---

[6] Ce dernier arrêt du Tribunal constitutionnel plurinational bolivien, en date du 28 novembre 2017 (n°0084/2017), restera le plus commenté, y compris en dehors des frontières du pays. On notera que d'autres tribunaux constitutionnels ont su résister aux coups de force des présidents en exercice (le Tribunal péruvien en 1996 face à Alberto Fujimori ou la Cour constitutionnelle colombienne en 2010, pour éviter qu'un référendum constitutionnel autorise un troisième mandat à Álvaro Uribe), mais que les commentaires furent moins nombreux.

[7] Voir l'arrêt rendu par la *Sala do constitucional* (la Chambre constitutionnelle) de la Cour suprême du Salvador, le 3 septembre 2021 (n°1-2021).

[8] Nous bornerons notre étude aux pays de langue espagnole ou portugaise, en excluant toutefois Cuba du panorama. Par l'adoption de sa dernière Constitution, en 2019, Cuba a en effet décidé de rester dans un cadre juridique d'inspiration « antiimpérialiste et marxiste » (Préambule). Dix-huit pays sont donc concernés.

A. La recherche scientifique : une doctrine des petits pas

Signe que les temps changent, des auteurs ont en effet perçu l'attractivité du champ de recherche. Nous pouvons citer Victor Audubert, Pierre Bon, Carolina Cerda-Guzman, Carlos Miguel Herrera, Franck Lafaille, Alexis Le Quinio ou Guillaume Tusseau. Ils restent malgré tout peu nombreux[9]. Aussi documentées que soient leurs études, elles n'offrent qu'un panorama segmenté du constitutionnalisme latino-américain, singularité par singularité : la justice transitionnelle, le fédéralisme mexicain, l'expérience inédite de l'assemblée constituante citoyenne au Chili, le « nouveau » constitutionnalisme, les droits des minorités, le pluralisme juridique, le modèle constitutionnel du « bien vivre » (*del buen vivir*) en Equateur ou en Bolivie directement inspiré de la cosmovision indigène… Il est vrai que sur ces nouveaux segments de la discipline constitutionnelle, notre vieille tradition républicaine restait souvent sans réponse. La jurisprudence interaméricaine des droits de l'Homme est également un objet de curiosité[10], tant la Cour de San José se montre audacieuse : dimension individuelle et collective donnée aux droits garantis, inclusion dans la liberté d'expression d'un droit d'accès à l'information, principe interprétatif *pro homine*[11], devoir d'enquête de l'Etat en cas de disparitions forcées, notion de « responsabilité aggravée de l'Etat », protection avancée des communautés autochtones etc. La revue *Pouvoirs* a aussi eu le mérite de consacrer un numéro à « L'Amérique latine » (le 98, en 2001), trois ans après l'arrivée d'Hugo Chávez au palais présidentiel de Miraflores, à Caracas. Que de bouleversements depuis ! De son

---

[9] Afin de respecter la taille impartie pour cette étude, nous faisons le choix de ne pas citer la liste des travaux de chacun. Ils sont facilement consultables sur les sites des universités d'appartenance respectives, sur le Portail universitaire du droit ou à l'aide des divers moteurs de recherche qui existent. À côté de la bonne vingtaine d'articles que nous aurions pu référencer, on compte seulement deux ouvrages : P. BON, D. MAUS (dir.), *La nouvelle République brésilienne. Etudes sur la Constitution du 5 octobre 1988*, coll. « Droit public positif », Paris, Economica, 1991 et C-M. HERRERA (dir.), *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ?* coll. « Nomos & Normes », Paris, Éditions Kimé, 2015. Par le choix de sa thématique, ce dernier ouvrage concerne prioritairement le Venezuela, l'Equateur et la Bolivie.

[10] Voir par exemple L. BURGORGUE-LARSEN, A. UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008 ou L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA, *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, coll. « Droits », Paris, éd. A. Pedone, 2009.

[11] Sur ce principe, tel qu'appliqué dans de nombreux systèmes constitutionnels d'Amérique latine, madame Alice Mauras, de l'Université de Montpellier, est en cours de rédaction d'une thèse de doctorat très prometteuse.

côté, la *Revue Française de Droit Constitutionnel* vient opportunément d'inaugurer une chronique sur le « Droit constitutionnel latino-américain »[12]. En dépit de ces quelques mobilisations doctrinales, la vision de ce droit demeure partielle, voire lacunaire. Il manque une étude politico-juridique d'ensemble pour lui donner une véritable colonne vertébrale.

Autrement dit, le chemin sera encore long avant de traiter ce constitutionnalisme d'égal à égal. D'autres éléments laissent d'ailleurs entendre que pour beaucoup, il s'agit toujours d'un espace constitutionnel de seconde zone. La revue *Juspoliticum* par exemple, l'un des fleurons de la doctrine constitutionnelle française, ne lui offre qu'une tribune discrète : trois articles seulement depuis 2008[13], après vingt-neuf numéros ! Des auteurs étrangers y sont parfois traduits ou invités, mais aucun encore venu d'Amérique latine. On s'étonne aussi du silence posé sur l'Amérique latine à l'occasion de ces grandes fresques sur les métamorphoses du droit et de la science constitutionnelle à travers les âges[14], comme si le constitutionnalisme latino-américain était perçu comme un simple corpus juridique transplanté ou fatalement voué à l'échec, sans grande valeur comme objet d'étude académique. Comme si la grammaire du constitutionnalisme devait rester enfermée dans un cénacle de théories juridiques européennes et nord-américaines, dans une sorte de schémas d'autocongratulation et de reproduction. Daniel Bonilla Maldonado le déplore : « les produits constitutionnels du Sud global apparaissent à la marge du marché global des idées juridiques »[15]. Il parle d'un « modèle colonial de production de la connaissance juridique » dans lequel il existe « un pouvoir de création et

---

[12] Inaugurée dans le n°131, 2022/3, les contributeurs sont : Jordane Arlettaz, Carolina Cerda-Guzman, Alice Mauras et Léonardo Tricot Saldanha.

[13] Ils sont signés Rocio Del Pilar Trujillo Sosa (n°14, 2015), Luiza Sampaio Cunha (n°28, 2022) et Carolina Cerda-Guzman (n°29, 2023). On y ajoutera une « note de lecture » signée Pierre Brunet (n°15-2016). Voir le site *juspoliticum.com/la-revue*.

[14] Voir D. CHAGNOLLAUD, M. TROPER (dir.), *Traité international de droit constitutionnel* (en trois tomes), coll. « Traités Dalloz », Paris, Dalloz, 2012. Egalement O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN (dir.), *Néo ou rétro constitutionnalismes ? (R)évolution des démocraties constitutionnelles (1989-2015)*, Paris, Mare & Martin, 2019. Au sein de ces six volumes, on trouve des études substantielles sur l'Afrique, sur le Proche-Orient, mais presque rien sur l'Amérique latine, comme s'il s'agissait d'une sorte d'angle mort de la science du droit constitutionnel. Cette Amérique oubliée aurait pourtant eu toute sa place dans les volumes 5 et 6.

[15] D. BONILLA MALDONADO, « La economía política del conocimiento jurídico », in D. BONILLA MALDONADO (dir.), *El constitucionalismo en el continente americano*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2016, p. 39.

d'échange de connaissances juridiques » distribué de manière inégale et unidirectionnelle : « le Nord global créée et exporte la connaissance juridique tandis que le Sud global importe, diffuse, reproduit et applique localement ce savoir »[16]. Nous pourrions aussi citer les écrits de Boaventura de Sousa Santos, constamment à la recherche d'une dignité des épistémologies du Sud[17].

En dépit des avancées, malgré les travaux des auteurs précédemment cités, les tendances lourdes demeurent, qui conduisent trop souvent à faire de l'espace constitutionnel latino-américain un objet scientifique sommaire, monolithique, toujours enfermé dans une sorte d'unicité. Elle est à la fois historique et conceptuelle.

B. L'enfermement dans une unicité historique et conceptuelle

Unicité historique tout d'abord, puisque l'histoire constitutionnelle de la région est généralement décrite comme une succession de dictatures, de coups d'Etat et de gouvernements autoritaires. On en donne ainsi une représentation linéaire, transformant l'Amérique latine en zone géographique indistincte, une sorte de magma uniforme de régimes dérisoires tellement tout se ressemble. Stéphane Pierré-Caps essentialise ou réifie cette immensité à sa manière : le droit constitutionnel en Amérique latine « exprime le caractère antinomique du pouvoir politique et du droit », le droit y étant « utilisé » pour « fonder le pouvoir des hommes »[18]. Plus loin, c'est son « caractère formel » qui est souligné, à plusieurs reprises. Il y a certes une part de vérité dans ces appréciations, mais comment s'abstraire si facilement de la présence de dix-huit pays ? De destinées collectives propres, de guerres frontalières, de dix-huit trajectoires constitutionnelles

---

[16] *Ibid*. p. 44. Egalement du même auteur, *Geopolítica del conocimiento jurídico*, coll. Filosofía, Política y Derecho, Bogotá, Siglo del Hombre ed. 2015 ou A. SAMPAIO ROSSI (dir.), *Constitucionalismo en clave descolonial*, Bogotá, Universidad Libre, 2022.

[17] Voir par exemple de l'auteur : *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Lima, Instituto International de Derecho y Sociedad, 2010.

[18] S. PIERRÉ-CAPS, *Droits constitutionnels étrangers*, coll. « Quadrige manuels », Paris, Puf, 2015p. 129-130. Les derniers numéros de la revue *Pouvoirs* sont également révélateurs : dans celui sur « Les démocratures » (n°169, 2019), un article est réservé au cas de l'Amérique latine et à ses « régressions démocratiques », alors que dans celui sur « Le régime semi-présidentiel » (n°184, 2023), on ouvre une tribune pour l'expérience taiwanaise, pour le semi-présidentialisme sur le continent africain ou sur le cas des régimes post-soviétiques, tout en la refermant pour l'Amérique latine… Nous aurions facilement fait le choix inverse.

distinctes ? Quels liens entre l'histoire constitutionnelle du Mexique et celle de l'Uruguay ? Sans doute la même qu'entre l'histoire constitutionnelle du Danemark et de l'Italie… Il y a évidemment des éléments d'une culture commune entre tous ces pays du Sud : un passé colonial de presque quatre siècles, le poids de la religion catholique, les profondes disparités sociales, le métissage, la tradition du culte du chef, souvent auréolé de gloire militaire (le *caudillo*[19]) etc. Mais il y a aussi tellement d'éléments de contrastes, d'éléments d'hétérogénéités, que d'aucuns préfèrent parler « des » Amériques latines. Ces éléments sont juridiques, géographiques, économiques, ethniques : comme la tradition fédérale chez les uns (le Brésil par exemple, l'Argentine, le Mexique) ou très centralisée chez les autres ; comme l'influence directe et multiforme des Etats-Unis pour certains Etats (d'Amérique centrale ou des Caraïbes) et plus diffuse ailleurs ; comme l'importance des communautés indigènes en Bolivie, au Guatemala (plus de 40% de la population dans les deux pays), au Pérou, au Mexique, alors que l'ascendance européenne domine en Argentine ou en Uruguay ; comme la dérive dictatoriale endémique au Nicaragua alors que le Costa Rica voisin profite d'une démocratie pacifiée (et sans armée permanente en application de la Constitution) depuis 1949. La liste pourrait facilement se prolonger.

Unicité conceptuelle ensuite, puisque l'Amérique latine reste aux yeux des commentateurs la zone du *présidentialisme* ou des régimes *présidentialistes*… une sorte de zone pathologique. La pathologie au Sud, la réussite du régime *présidentiel* au Nord. Il s'agit d'une autre manière de dissoudre la diversité. Le concept de présidentialisme est bien utilisé là-bas, dans la doctrine, mais pas si fréquemment dans le sens d'un atavisme à traîner, décennies après décennies. Il apparaît dans de nombreux écrits comme le seul cadre constitutionnel possible, subdivisé en de nombreuses sous catégories – « présidentialisme atténué » ou « tempéré », « présidentialisme à contrainte parlementaire », « présidentialisme hégémonique parlementarisé », « présidentialisme parlementarisé »[20] – et nettement détachable de

[19] Une description saisissante du « caudillisme » fut faite en langue française par GARCIA-CALDÉRON, *Les démocraties latines de l'Amérique*, Paris, l'Académie française, 1920, p. 84 et s.
[20] Voir par exemple, H. NOGUEIRA ALCALÁ, « La tipología de gobiernos presidencialistas de América latina y gobiernos semipresidenciales en Europa », *Estudios constitucionales*, vol. 15, 2017, p. 15-82.

l'expérience nord-américaine. Autrement dit, la tendance historique fut moins celle de l'importation d'un modèle *du dehors* que la création d'un modèle *du dedans*, propre à cette région du sud, appuyé sur des soubassements politiques et culturels singuliers. Nous sommes en réalité éloignés de la vision française, prompte à rabattre ce présidentialisme latino-américain vers une sorte de bonapartisme folklorique et sans panache des pays pauvres. Avec ce concept d'occultation à la française, comment rendre compte par exemple du rôle central joué par certaines cours suprêmes ou certaines cours constitutionnelles ? Comment expliquer par ailleurs que les procédures de destitution menées par les Chambres soient si fréquentes ? Au Pérou (Alberto Fujimori, Martin Vizcarra, Pedro Castillo en décembre 2022), Au Brésil (Fernando Collor de Mello, Dilma Rousseff), en Equateur (Abdalá Bucaram, Lucio Gutiérrez Borbúa), au Paraguay (Fernando Lugo)…

Décidément, la réalité se présente de manière beaucoup moins linéaire et de manière bien plus complexe. Avançons même qu'elle révèle « une effervescence constitutionnelle considérable »[21] que nous présenterons sous deux aspects : celui tout d'abord d'une capacité jamais démentie à l'innovation, celui ensuite d'une manie de l'hybridation constitutionnelle. Notre étude, qui restera une ébauche (tant le champ est immense), a ainsi pour ambition de fissurer les blocs – ni unité historique ni unité conceptuelle –, de gommer l'idée d'un « retro-constitutionnalisme », comme il a pu être écrit[22], afin de regarder l'Amérique latine différemment, davantage comme un laboratoire du modernisme sur bien des plans.

II L'Amérique latine : une terre de grandes innovations constitutionnelles

Malgré la prégnance d'obstacles structurels, la vitalité constitutionnelle en Amérique latine n'a jamais faibli. Qu'observons-nous comme innovations ? L'inauguration du constitutionnalisme social, la généralisation du recours individuel

---

Egalement sur ce thème, la thèse de R. IANNACCONE, *La forma di governo latinoamericana: una comparazione tra Messico e Cile*, Univ. La Sapienza, Roma, y Univ. de Granada, 2022.

[21] G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2021, p. 123.

[22] Voir O. CAYLA, J.-L. HALPÉRIN (dir.), *Néo ou rétro constitutionnalismes ? (R)évolution des démocraties constitutionnelles (1989-2015)*, *op. cit*.

d'inconstitutionnalité (connu dans le monde ibéro-américain sous le nom de recours d'*amparo*), la présence de l'*actio popularis*, la création de tribunaux spécialisés et indépendants en matière électorale (appelés parfois le « quatrième pouvoir »), la constitutionnalisation de l'autonomie (par rapport à l'organe Exécutif) du Ministère public, l'incrustation presque systématique du droit international dans la norme constitutionnelle, le constitutionnalisme environnemental, l'ouverture au pluralisme juridique et au multiculturalisme par les droits avancés accordés aux peuples indigènes, la tentative de réhabilitation du pouvoir constituant au Venezuela, en Equateur et en Bolivie ou encore la grande variété des mécanismes participatifs[23]. Apportons quelques éléments de précisions à défaut d'être exhaustif.

A. Le constitutionnalisme social

Pancho Villa, Emiliano Zapata, Francisco Ignacio Madero, le rôle des « *Soldaderas* »… la Révolution mexicaine déclenchée en 1910, ses héros, resteront pour longtemps dans les mémoires collectives (mémoire de la littérature, du cinéma, de la chanson[24]), bien au-delà du continent sud-américain. Mais il semblerait que chez les constitutionnalistes, la mémoire se montre plus incertaine. Il est en effet si fréquent de faire remonter le constitutionnalisme social à la fameuse Constitution de Weimar du 11 août 1919 ; il est si rare de se référer à la Constitution mexicaine du 5 février 1917[25]. Le texte de Weimar était incontestablement très novateur pour l'époque (spectre des engagements de l'Etat très large : de protection de la maternité, de la santé de la famille, des enfants illégitimes, de la jeunesse, promotion de l'instruction publique, reconnaissance de l'action syndicale…), mais sur le volet « droits des travailleurs », il fut précédé par le texte mexicain.

Le Mexique a déjà un riche passé constitutionnel derrière lui lorsque le texte adopté en 1917, dans la ville de Santiago de Querétaro (et toujours en vigueur), l'érige

---

[23] Ces trois derniers aspects seront évoqués dans le §III, C de cette étude, puisqu'ils se présentent comme des piliers du « nouveau constitutionnalisme » latino-américain.
[24] Citons en France *Viva Villa*, de Serge Gainsbourg, sorti en 1961.
[25] Les écrits de Carlos Miguel Herrera interviendront pour rétablir la chronologie. Voir par exemple : C. M. HERRERA, « Comment le social vient au constitutionnalisme – entre Etat et droits », in C. M. HERRERA (dir.), *La Constitution de Weimar et la pensée juridique française*, Paris, éd. Kimé, 2011, p. 30.

au rang de pionnier. Structuré en sept titres et long de cent-trente-six articles, il représente un point de bascule entre le constitutionnalisme de facture libérale et le constitutionnalisme social, bien au-delà de l'histoire propre du continent. Un article se détache de la *Carta Magna*, le 123, très détaillé, qui se déroule sur trente paragraphes, l'article unique du titre VI intitulé « *Del trabajo y de la previsión social* » (du travail et de la prévoyance sociale). Après avoir affirmé que « *toute personne a un droit au travail digne et socialement utile* », il consacre une réglementation constitutionnelle des conditions de travail extrêmement détaillée : durée maximum de la journée de travail fixée à huit heures, conditions du travail nocturne, interdiction du travail des mineurs, droit à un salaire minimum, à des jours de repos obligatoires, reconnaissance du droit de grève, responsabilité patronale en cas d'accident du travail, indemnisation en cas de licenciement etc. Quel modernisme pour l'époque ! D'autres droits sociaux sont disséminés dans le texte de la Constitution, à l'article 27 notamment, favorable au monde des petits paysans et levier d'une vaste réforme agraire. Malmenée par le temps, révisée plus de sept-cent fois au point d'y perdre une partie de sa cohérence (les deux-tiers des révisions depuis la fin des années 80 !), la Constitution de 1917 demeure, sur le continent américain, un document iconique. Amer, Isidro de los Santos Olivo observe qu'à côté des faiblesses intrinsèques du texte, il y a eu des obstacles encore plus dirimants, de nature historique et culturelle, comme l'analphabétisme, l'héritage d'une société corporatiste, la ségrégation, « le manque de véritable culture politique, d'instruction civique et d'apprentissage des institutions libérales qui auraient pu créer un véritable climat de respect de l'ordre établi par la Constitution »[26]. Le texte, comme les pouvoirs constitués, tomberont également rapidement entre les mains du *Partido Revolucionario Institucional* (le « PRI »), au point de parler d'hégémonie « *priista* », qui va durer plus de soixante-dix ans. Nous sommes, là, au cœur des soubassements culturels de la réussite de toute œuvre constitutionnelle, largement sous-estimée dans le confort des pensées occidentales.

---

[26] I. DE LOS SANTOS OLIVO, « Breve historia constitucional de México », in F. M. GARCÍA COSTA, A. SANT'ANA PEDRA, J. C. MUÑEZ PÉREZ, D. SOTO CARRASCO (dir.), *Historia constitucional de iberoamérica*, *op. cit.*, p. 517.

*B. Les recours d'*amparo *constitutionnels*

La France connaît la QPC (la fameuse « question prioritaire de constitutionnalité », mais depuis 2010 seulement !). Il s'agit d'un contrôle de constitutionnalité de juge à juge, par la voie classique du renvoi préjudiciel. L'Amérique latine se singularise par la pratique généralisée d'un autre acronyme : le RAC (recours d'*amparo* constitutionnel[27]). Ce recours d'*amparo* fut découvert en Europe avec le texte constitutionnel du 9 décembre 1931 de la Seconde République espagnole, mais il s'agissait d'un produit juridique importé[28]. L'accès direct des individus (et non des seuls justiciables) à une juridiction supérieure pour défendre leurs droits constitutionnalisés se pratiquait déjà en Amérique latine, depuis le XIXe siècle. Ce type de recours direct, sans intermédiaire, fut en effet inauguré dans l'Etat mexicain du Yucatán, en 1841, avant d'être consacré dans la Constitution fédérale de 1857[29]. D'autres pays vont ensuite se l'approprier : le Salvador en 1886, le Nicaragua et Honduras en 1894, la Colombie en 1910, le Guatemala en 1921 etc. Il permettra aussi, dans les textes du moins, de favoriser la justiciabilité des droits sociaux constitutionnalisés (plus récemment des droits liés à la protection de l'environnement). D'un régime à l'autre, le détail de la procédure et le degré d'élaboration du recours peuvent changer, tout comme sa dénomination. On parle « d'action d'*amparo* » en Equateur, au Pérou ou au Venezuela, d'*acción de tutela* en Colombie (action de protection), de « *recurso de protección* » au Chili ou de *Mandado de segurança* (mandat de sécurité) au Brésil… Au fil du temps – plus d'un siècle d'expérimentation pour certains Etats –, le constitutionnalisme latino-américain a pu aussi engendrer, dans certains ordres juridiques, une fragmentation de ce recours en

[27] *Amparo* signifie protection, du verbe *amparar*, protéger.

[28] Avec d'inévitables variantes et sous des dénominations diverses, on le trouve aujourd'hui en Allemagne (le fameux *Verfassungsbeschwerde*), en Autriche, en Belgique et dans beaucoup de pays d'Europe centrale et orientale.

[29] De teneur libérale, ce texte organisait une démocratie représentative de type présidentiel, avec pour autre singularité que le *juicio de amparo,* l'instauration du suffrage universel (masculin) ou l'abolition des privilèges de l'église et de l'armée. Un début de laïcisation de l'Etat était également à l'œuvre (les lois de Réforme intégrées à la Constitution en 1873), qui trouvera à se radicaliser dans la fameuse Constitution de 1917. Dans ce dernier texte, l'intolérance anticléricale était telle (éducation laïque dans les écoles, remplacement des Saints par les héros de l'indépendance, limitation des manifestations du culte en dehors des églises…) qu'elle aboutira à une guerre civile entre 1926 et 1929, la « *guerra cristera* ». Pour une belle fresque de l'histoire mexicaine : F. JULIEN-LAFERRIÈRE, « Histoire et politique : l'exception mexicaine », *Pouvoirs*, n°171, 2019, p. 5-24.

fonction du type de protection visé (l'action *Hábeas corpus*, l'action *Hábeas data*, l'*accion de cumplimiento* pour lutter contre l'inconstitutionnalité par omission etc.)[30]. Au nom du droit à un recours juridictionnel effectif, une composante majeure du concept d'Etat de droit, tous les Etats d'Amérique latine pratiquent ce recours individuel – parfois même collectif – contre l'action inconstitutionnelle – ou l'inaction – des autorités publiques au sens large (législateur, autorités de police, autorités administratives, décisions de justice, voie de fait etc.). Parmi les limites de la procédure figure l'exigence d'un intérêt personnel à agir, interprétée de manière plus ou moins souple. Elle disparaît toutefois dans certains Etats, ce qui ouvre la voie à d'authentiques recours d'*actio popularis,* apparus à la fin du XIX^e siècle en Colombie et au Venezuela. Aujourd'hui, ces derniers existent, à côté des traditionnels recours d'*amparo*, en Bolivie (article 135 de la Constitution), en Colombie (article 40), au Salvador (article 183) ou au Pérou (article 200, seulement contre les normes administratives). On signalera que ces différents recours d'*amparo* peuvent aussi permettre de se prévaloir directement des traités ou accords internationaux relatifs aux droits de l'Homme ratifiés par l'Etat.

On entre là de plain-pied dans une autre spécificité du continent sud-américain : l'intégration presque systématique du droit international dans la norme constitutionnelle. Le degré d'interconnexion – pour reprendre la terminologie souvent employée là-bas – est variable : soit les traités ont un simple « *rang constitutionnel* » (Argentine), soit on reconnaît la « *primauté* » sur la norme constitutionnelle des droits de l'Homme « *plus favorables* » contenus dans les traités ou conventions internationales ratifiés (Bolivie, Costa Rica selon la jurisprudence de la Cour suprême, Mexique depuis une révision de 2011, Venezuela), soit la Constitution reconnaît la « *suprématie* » des traités internationaux en matière de droits de l'Homme (Guatemala, République Dominicaine). Seul le Paraguay se distingue en affirmant

---

[30] Pour le détail de cette spécialisation thématique, voir C. LANDA, « El proceso de amparo en América Latina », *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2011, pp. 207-226. Concernant l'*Hábeas data,* il s'agit d'un recours constitutionnel direct d'une grande actualité – dans ce nouveau monde digitalisé –, créé pour obtenir une protection de son droit à l'information, à la protection des données personnelles et à l'autodétermination informative. Le premier pays à inaugurer ce type spécifique de recours d'*amparo* fut le Guatemala dans sa Constitution de 1985, suivi du Nicaragua (Constitution de 1987) ou encore du Brésil (Constitution de 1988). Plus de dix pays le comptent aujourd'hui dans leur ordre juridique.

(article 137C) expressément que les normes juridiques du droit international ont un rang « *hiérarchique inférieur* » à la Constitution. Mais quel que soit le niveau d'ingéniosité de ces divers mécanismes de protection des droits, les obstacles extra-juridiques dressés devant leur réussite restent innombrables : l'information suffisante donnée aux groupes vulnérables, aux populations touchées par l'analphabétisme ou limitées à la pratique de leur langue ethnique, la compétence des juges, leur capacité à résister aux intimidations ou aux réseaux de corruption, le danger de la cooptation, l'application concrètes des décisions de justice, la possibilité d'utiliser la force publique, de disposer des budgets suffisants etc.

C. Le constitutionnalisme environnemental

Le dernier grand champ d'innovation que nous choisissons d'aborder se rapporte à la présence, depuis au moins quatre décennies, d'un vrai « constitutionnalisme environnemental latino-américain »[31]. Il est même parvenu – une fois n'est pas coutume – à susciter l'intérêt de la doctrine française. Nous pourrions presque y voir une démarche instrumentale : le défi environnemental s'abat sur notre vieille dogmatique constitutionnelle, il la désoriente, en bouleverse les fondements anthropologiques, alors que faire ? Se tourner vers l'extérieur devient une option, y compris vers des zones lointaines, pour y trouver un surplus de créativité juridique devant des problématiques *a priori* insolubles. Et il est vrai qu'en s'orientant vers l'Amérique latine, on se rend vite à l'évidence : un corpus doctrinal, textuel et jurisprudentiel très serré existait déjà dans ce domaine.

La doctrine y est foisonnante[32]. Les textes y sont depuis longtemps avant-gardistes. Il est évidemment impossible de tous les citer : la Constitution du Panama de 1972 a consacré comme « *devoir fondamental de l'Etat* » la « *préservation des*

[31] Voir par exemple G. SOZZO, « La naturaleza como objeto constitucional: O ¿cómo constitucionalizar la relación con la Naturaleza según América del Sur? », *Estudios constitucionales*, numéro spécial 2021-2022, p. 420-454.
[32] Pour un aperçu, voir A. IACOVINO, « Constitucionalismo ecológico en América latina : de los derechos ambientales a los derechos de la naturaleza », *Cultura Latinoamericana*, vol. 31, 2020, p. 267-320.

conditions écologiques »[33] ; nous nous situons dans le prolongement de la grande Conférence des Nations-Unis de Stockholm. Un tournant aura lieu à la fin de la décennie 1980, avec des constitutions qui, matériellement, se gonflent de dispositions détaillées sur la sauvegarde de l'environnement. La Constitution brésilienne du 5 octobre 1988 marque à cet égard les esprits[34], sans oublier la Constitution de Colombie (1991), du Paraguay (1992), d'Argentine (dans sa version réformée de 1994) ou l'introduction d'un important article 50 dans la Constitution du Costa Rica suite à la révision de 1994. Au cours de cette phase de transitions démocratiques, on ne conçoit plus l'émancipation de l'Homme sans qu'elle puisse se dérouler dans un environnement sain et protégé. De nouveaux impératifs se constitutionnalisent : le développement durable, la protection des « *générations futures* », la protection de la biodiversité, le droit d'accès à l'eau potable, le caractère parfois collectif des droits protégés… Pendant ce temps, le droit constitutionnel français continue de camper sur ses certitudes. Puis, la Constitution équatorienne (bolivienne dans une moindre mesure) du 20 octobre 2008 va sceller l'avènement d'un nouveau modèle, qualifié de modèle *del* « *buen vivir* » (du bien vivre) ou « *biocéntrico* » (bio-centrique). Les logiques de l'anthropocentrisme sont rompues. On célèbre la mère nature – la *Pacha Mama* –, « *de laquelle nous sommes partie et qui est vitale pour notre existence* » selon le préambule du texte de 2008. La nature devient « *sujet des droits* » que lui reconnait la Constitution (article 10). On consacre un droit à l'eau, à l'air pur, à vivre dans un environnement libre de « *contaminations* », un droit de la nature à sa « *restauration* », l'obligation pour l'Etat de prendre les mesures adéquates pour « *sauver les espèces* » et éviter la destruction des « *écosystèmes* », une limitation constitutionnelle des « *semences transgéniques* » ou des activités extractives[35] etc. L'Equateur institutionnalise un recours spécifique –

[33] Le texte constitutionnel de 1972, rédigé en pleine mainmise militaire sur le régime, a été plusieurs fois révisé et libéralisé depuis. L'article 110 d'origine, devenu l'article 118 d'un chapitre 7 (« *Régime écologique* »), contient désormais la formule suivante : « *Il est du devoir fondamental de l'Etat de veiller à ce que la population vive dans un environnement sain et non pollué où l'air, l'eau et les aliments répondent aux exigences du bon développement de la vie humaine* ».

[34] On y trouve un Chapitre intitulé « *De l'environnement* », composé d'un long article 225 (divisé en deux paragraphes très détaillés) qui expose toutes les obligations imposées aux « *pouvoirs publics* ». Parmi elles, on trouve l'obligation (§I n°7) : de « *protection de la faune et de la flore (…), l'interdiction des pratiques qui provoquent l'extinction des espèces ou soumettent les animaux à la cruauté* ».

[35] La Constitution équatorienne se singularise incontestablement par la densité de son dispositif constitutionnel, législatif et jurisprudentiel. Dans la norme suprême, par exemple, il y a un chapitre sur

l'*acción extraordinaria de protección* – tandis que la Bolivie met en place un « Défenseur de la Terre Mère »[36] ! Se dessine une nouvelle branche dans l'histoire des droits fondamentaux ; ils ont profité à l'Homme dans leur version libérale, sociale, environnementale, ils vont maintenant, dans ce modèle « *biocéntrico* », se recentrer sur la nature elle-même, sur les droits des « *autres êtres vivants* » selon l'article 33 de la Constitution bolivienne.

Cette fois-ci, le mouvement de circulation de la connaissance juridique pourrait bien s'inverser : non du Nord global vers le Sud global, mais dans le sens inverse. Par ailleurs, les textes sont suffisamment denses pour que l'imagination interprétative des juges devienne débordante. L'activisme judiciaire dans le domaine environnemental a été largement initié par la Cour suprême du Costa Rica. Les arrêts « historiques » sont nombreux[37] ; ils seront bientôt suivis par ceux de la Cour constitutionnelle colombienne ou de la Cour constitutionnelle équatorienne. Des parcs, des rivières, des forêts sont prioritairement protégés car déclarés sujets de droits (et non plus objets de droits)[38]. Il s'agit d'un changement de « paradigme » insistent les juges équatoriens : une vision « bio-centrique » dans laquelle la « priorité » est donnée à la nature, vient remplacer la « conception anthropocentrique classique » dans laquelle l'être humain était le centre et la mesure de toute chose[39]. Avec le projet de constitution chilienne, finalement rejeté lors du référendum du 4 septembre 2022, nous avions même un article premier qualifiant le Chili d'Etat « *plurinational, interculturel, régional et écologique* »[40] ou un article 154 sur la « *démocratie environnementale* ».

---

les « *Droits du bien vivre* » (art. 12 à 15), un chapitre sur les « *Droits de la nature* » (art. 71 à 74), un chapitre sur la « *Biodiversité et les ressources naturelles* » (art. 395 à 415).

[36] Dans ce dernier pays, les avancées sont moins le fruit du texte constitutionnel que de la législation d'application. Voir la loi n°71 du 21 décembre 2010 sur les droits « *de la Madre Tierra* » ou la loi n°300 du 15 octobre 2012 sur le développement du « *buen vivir* ».

[37] On se contentera de citer celui du 30 juillet 1993 (n°3705-93) ou du 3 juillet 2003 (n°6322-03).

[38] En langue française, voir E. BOTTINI, « Chronique de droit constitutionnel comparé », *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°8-2022 (en ligne sur : https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications). L'étude y est consacrée au fameux arrêt « *Bosque Los Cedros* » de la Cour constitutionnelle d'Equateur, n°1149-19-JP/21, du 10 novembre 2021. On pourra depuis citer l'arrêt du 27 janvier 2022, affaire « *Mona Estrellita* » (n°2536206JH/22), sur la nature et les animaux comme « sujets de droits » ou l'arrêt du 14 septembre 2022 (n°1325-15-EP/22) au profit des droits environnementaux collectifs du peuple indigène *Shuar*.

[39] Cour constitutionnelle d'Equateur, arrêt du 20 mai 2015 (n°166-15).

[40] Pas moins de 70 articles abordaient la question de l'écologie, de la nature et de l'environnement.

Loin de s'apparenter à un droit constitutionnel d'importation ou de seconde zone, le droit constitutionnel latino-américain ressemble davantage à une avant-garde. La création y est en effet débordante, tout comme la manie de *l'hybridation*, un autre aspect spécifique de cette zone géographique.

III. Des tentatives aléatoires d'hybridations constitutionnelles

Pour le meilleur et pour le pire, se façonne en Amérique latine un droit du mélange des genres, des sources d'inspiration juridiques, idéologiques, des modèles. Nous pourrions presque parler d'un droit constitutionnel du métissage et de l'entrecroisement des cultures, à l'image des sociétés de la région, tant les influences furent multiples : européennes (les idées des Lumières, la Révolution française, la Constitution de *Cadix*…), nord-américaines, nourries de l'histoire propre des peuples et de leur tempérament, indigènes depuis peu. Cette diversité est aussi liée à une grille de lecture ternaire de l'histoire politique connue depuis les indépendances, divisée dès le départ en trois pôles : les conservateurs, les libéraux et les radicaux (appelés aussi « républicains »). Aucune unité là encore, nul décalque passif du modèle présidentiel nord-américain (sauf peut-être pour le texte constitutionnel argentin de 1853). L'Amérique latine c'est avant tout le non-conformisme constitutionnel. La tentation de l'hybridation en est un révélateur, qu'elle soit réussie, prudente ou plus aventureuse.

A. La plus réussie

Elle touche à la justice constitutionnelle et vient donc contrecarrer la vision binaire généralement donnée des modèles en la matière – entre systèmes diffus (ledit modèle *américain*) et systèmes concentrés (ledit modèle *européen*). Louis Favoreu l'avait lui-même reconnu, les pratiques sont tellement atypiques dans cette zone Sud qu'il faudrait parler d'un « modèle sud-américain »[41]. Mais, là encore, on retombe dans les travers de l'enfermement unitaire, comme si l'espace sud-

---

[41] L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, coll. « Que sais-je ? », Paris, PUF, 1986, p. 123.

américain perdait ses frontières, ses particularités, ses histoires propres. De nombreux auteurs s'y opposent, comme Humberto Nogueira Alcalá, qui distingue sept catégories propres à cet espace géographique : allant du système juridictionnel concentré au bénéfice de la Cour suprême et de sa chambre constitutionnelle (Paraguay, Venezuela), au « contrôle de constitutionnalité dualiste » (par les tribunaux ordinaires et concentré entre les mains d'un tribunal constitutionnel spécialisé comme au Pérou ou en Equateur), en passant par deux catégories de « systèmes mixtes » caractéristiques du Brésil et de la Colombie[42]. En fin de compte, l'étude de la justice constitutionnelle en Amérique latine accentue toujours davantage l'idée d'une faillite des classifications traditionnelles.

Pour s'aventurer dans une entreprise de simplification, on pourrait dire qu'à côté des rares pays qui se rapprochent des modèles classiques (Argentine avec son contrôle diffus et Bolivie avec son contrôle concentré), les autres organisent, souvent de manière croisée, une hybridation organique et fonctionnelle. L'hybridation organique a donné naissance à la « *sala constitucional* » (ou chambre constitutionnelle), qui est un genre de mini-tribunal constitutionnel (avec son autonomie de fonctionnement, une nomination spécifique de ses membres etc.) enchâssé au sein d'une Cour suprême. Les observateurs y voient une manière de tendre un pont entre le modèle nord-américain et le modèle européen. La plus ancienne en exercice est celle créée par la Constitution du Salvador de 1983, avant qu'une réforme constitutionnelle de 1989 n'instaure une telle « *sala constitucional* » au Costa Rica[43]. L'hybridation fonctionnelle consiste à cumuler tous les types de recours qui existent dans les modèles traditionnels (recours abstraits, renvois préjudiciels, recours d'*amparo*, contrôle de l'inconstitutionnalité par omission, *Hábeas data*…), avec une répartition complexe des compétences entre juridictions ordinaires, cour suprême ou tribunal constitutionnel. Cet entrecroisement caractérise le système brésilien, colombien ou guatémaltèque.

---

[42] H. NOGUEIRA ALCALÁ, « Tópicos sobre jurisdicción constitucional y tribunales constitucionales », *Revista de Derecho*, vol. XIV, 2013, p. 43-66.

[43] Cette dernière « *sala constitucional* » se distingue par son activisme (aussi lié à la grande ouverture des cas de saisine et à la simplicité des procédures à suivre). Elle statue en moyenne sur 8000 à 9 000 affaires par an.

Renforcée au cours de la dernière vague de démocratisation entamée à la fin des années 1970, la justice constitutionnelle – dans ses différentes configurations – peut s'analyser globalement comme une réussite, malgré des collusions retentissantes (Evo Morales et le Tribunal Constitutionnel Plurinational bolivien notamment…). Désormais puissante dans la plupart des pays, elle est parvenue à contrebalancer les dérives hyper-présidentialistes, au point même de voir naître la notion de « *juristocracía* » ou l'expression de Cour qui « co-gouverne » avec l'Exécutif [44]. Dans le palmarès des Cours les plus puissantes du monde, nous pourrions en effet placer, à côté de la Cour suprême des Etats-Unis, de la Cour de Karlsruhe ou de la Cour constitutionnelle sud-africaine, le *Supremo Tribunal Federal* (STF) du Brésil et la Cour constitutionnelle de Colombie. Mais l'avènement de cet authentique *pouvoir* des juges génère d'inévitables tensions, de franches animosités parfois, dans la classe politique traditionnelle et en dehors[45].

B. La plus prudente

Cette fois ci, nous sommes en présence d'une contestation de la dichotomie « régime parlementaire / régime présidentiel » utilisée dans un but prescriptif : celui d'ériger deux familles nobles ou purs et de jeter la suspicion sur les autres. Il en va ainsi des régimes qualifiés de « présidentialistes » et *a fortiori* des régimes qui se réclament d'une hybridation des modèles purs, ces derniers étant presque assimilés à des « êtres réels » pour reprendre la critique de Michel Troper[46]. L'Amérique latine

---

[44] Voir C. BERNAL-PULIDO, « Droits fondamentaux, juristocratie et hyperprésidentialisme en Amérique latine », in A. MARTIN (dir.), *Le glaive et la balance, Droits de l'Homme, justice constitutionnelle et démocratie en Amérique latine*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 19.

[45] On peut à cet égard observer que le courant du *popular constitutionalism* (ou « constitutionnalisme populaire »), minoritaire mais bien présent aux Etats-Unis depuis plusieurs décennies, s'implante désormais en Amérique latine. Il revendique de placer le peuple au cœur de l'interprétation du texte constitutionnel, afin d'éviter que l'évolution du Contrat social ne soit suspendu à la volonté d'une oligarchie de juges. Voir A. MICAELA ALTERIO, R. NIEMBRO ORTEGA (dir.), *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México, Ed. Porrúa, 2013. L'ouvrage est préfacé par Mark Tushnet.

[46] M. TROPER, « Les classifications en droit constitutionnel », *Revue du Droit Public (RDP),* 1989, p. 952. L'auteur critique en effet le recours à la technique des classifications dans la doctrine française, qui fut souvent le moyen efficace d'enrober un acte de volonté d'une apparence scientifique (notamment la distinction entre régime parlementaire et régime présidentiel solidifié fin XIX^{e} siècle par Adhémar Esmein). Il parle d'une doctrine « sous-tendue par une *ontologie réaliste*, en ce sens que les catégories dont elle traite ne sont pas pour elle des classes d'objets, mais des êtres réels, qu'on peut décrire indépendamment de toute référence empirique ». Un tel raisonnement « repose en tous cas sur

se retrouve en première ligne, condamnée à voir ses formes de gouvernement sortir des radars de la recherche scientifique. Historiquement, en effet, la matrice dominante demeure présidentialiste, même si de rares expériences parlementaires ont pu s'intercaler[47]. Essayer de démontrer que le présidentialisme latino-américain n'est pas un bloc, qu'il n'est pas le fruit d'une reproduction déformée du modèle nord-américain, ne devrait pas suffire à inverser la tendance. La présence du suffixe (*isme*) le couvrira encore d'anathèmes pour longtemps. Il présente pourtant bien des singularités : celle par exemple de voir certains régimes intégrer des mécanismes parlementaires dans un but d'atténuer l'hégémonie présidentielle. Alors que d'autres, comme le Mexique ou le Chili (y compris dans le dernier projet constitutionnel), continuent de refuser la greffe. Malgré tout, l'hybridation, là où elle existe, demeure prudente.

Le « *Conseil des ministres* » est reconnu dans certains textes suprêmes (au Guatemala, au Paraguay, au Pérou, au Salvador, en Uruguay), tandis que la Colombie lui préfère l'appellation très parlementaire de « *Gouvernement* ». L'Argentine a inauguré, lors de la grande réforme constitutionnelle de 1994, la fonction de « *chef de Cabinet* » (art. 100[48]). L'obligation du contreseing ministériel existe en Uruguay ou au Pérou. La constitutionnalisation de l'« *interpellation* » comme moyen de contrôle parlementaire est fréquente, tout comme la reconnaissance d'une responsabilité individuelle ou collective des ministres (les ministres sont « *solidairement responsables* » au Paraguay, au Guatemala). De manière plus rare, ce sont mêmes les mécanismes clés du parlementarisme qui s'immiscent dans les textes suprêmes :

---

l'idée implicite que l'être réel n'est pas le singulier mais l'universel et que de cet être la science du droit peut inférer des normes ».

[47] Au cours de la longue vie du texte constitutionnel chilien de 1833 (en vigueur jusqu'en 1925), le présidentialisme a subi un vrai correctif parlementaire. La Constitution équatorienne de 1929 a, pour sa part, institué un régime souvent qualifié de « semi-parlementaire » ou « mixte », cependant que le Pérou a aussi expérimenté (dans le chaos des coups d'Etat) la parlementarisation de son système présidentiel avec la Constitution de 1933, en vigueur jusqu'en 1980.

[48] L'article précise que ce « *chef de Cabinet des ministres* » est « *responsable politiquement devant le Congrès de la Nation* ». Ce dernier, bicaméral, pourra le renverser par une motion de censure « *votée à la majorité absolue des membres de chacune des Chambres* » (art. 101). Le rôle de ce chef de Cabinet reste malgré tout celui d'un simple coordinateur de la politique présidentielle, sachant que le Président conserve le titre (et les fonctions) de « *chef suprême de la Nation et chef du gouvernement* » (art. 99.1) ! Pour plus de détails, voir J. M. SERNA DE LA GARZA, « Consolidation democrática y nueva institucionalidad en América latina », in D. VALADÉS, *El gobierno en América Latina ¿Presidencialismo o parlamentarismo?* Mexico, UNAM, 2000, pp. 57-69.

la motion de censure, la question de confiance ou la dissolution. L'hybridation est là, tournant toujours plus le dos au modèle présidentiel nord-américain. Mais les résultats concrets sont variables, rarement de nature à déraciner la matrice présidentialiste. Nous sommes parfois proches d'une parlementarisation de façade, qui tourne un peu à vide, tant la réalité du pouvoir Exécutif reste entre les mains du Président de la République.

Trois catégories se dégagent à nos yeux. Tout d'abord une parlementarisation *controversée*, de nature à accentuer potentiellement l'hégémonie présidentielle (en Equateur, au Venezuela). On n'y observe par exemple que le droit de dissolution accordé au Président manque de contreparties réelles. Ensuite, il y a des cas de parlementarisation *minimale*, souvent inoffensive dans les rapports de force au sommet de l'Etat (en Argentine), parfois de nature à atténuer la prépondérance présidentielle dans le régime (au Costa Rica, en Uruguay). La doctrine du continent utilise le concept de « *presidencialismo atenuado* ». Enfin, il y a le cas du Pérou, celui d'une parlementarisation *avancée*, qui peut conduire à une altération, voire à une paralysie du présidentialisme[49]. Si le Président de la République « *dirige la politique générale du gouvernement* » (art. 118.3 de la Constitution), ses actes seront nuls en l'absence « *de contreseing ministériel* » (art. 120). De manière beaucoup plus singulière, le « *président du Conseil* » doit solliciter l'investiture du Congrès dans les trente jours de sa nomination (art. 130), sachant qu'une « *motion de censure* » peut être adoptée par le Congrès à la majorité de ses membres, contre le Conseil des ministres ou contre les ministres séparément. Dans une même logique de rationalisation des mécanismes parlementaires, la Constitution de 1993 offre, en contrepartie, la possibilité au Président de la République de dissoudre le Congrès si ce dernier fait usage par deux fois de la motion de censure contre l'équipe ministérielle ou s'il refuse par deux fois la confiance demandée par le président du Conseil (art. 134). Par bien des aspects, ces deux dernières catégories de régimes présentent des points de contact avec le modèle dit « semi-présidentiel » connu en France…

[49] Comme ce fut le cas depuis l'arrivée au pouvoir de Pedro Castillo en juillet 2021… finalement destitué en décembre 2022.

C. La plus aventureuse

Nous pourrions aussi dire la plus vertigineuse, tellement l'hybridation fut totale, matérielle, organique, idéologique. Elle caractérise le phénomène du « nouveau constitutionnalisme » (« *el nuevo constitucionalismo latinoamericano* »[50]) inauguré au Venezuela en 1999, sous l'impulsion d'Hugo Chavéz, et prolongé ensuite en Equateur puis en Bolivie. Il s'implante à l'époque au cœur de la « *marea rosa* » (marée rose) qui touche cette partie du continent à la charnière des deux siècles. . Les enjeux pour l'histoire de la discipline constitutionnelle sont si importants que le « nouveau constitutionnalisme » mérite une étude à lui seul[51] ; nous nous contenterons ici d'une ébauche. Certains y ont vu la volonté d'implanter « le socialisme du XXI^{e} siècle » (une formule du sociologue allemand Heinz Dieterich souvent reprise par Hugo Chávez et Rafael Correa) ou de radicaliser la démocratie.

Tournant le dos à la tradition d'un droit constitutionnel du « garantisme », pour reprendre la formule de Luigi Ferrajoli[52], l'objectif est cette fois de remettre la *participation* populaire au cœur de la dynamique constitutionnelle. L'idée d'un peuple législateur est réhabilitée. Le citoyen n'attendra plus que les représentants décident à sa place, que les juges lui apportent un catalogue de droits actualisés ; il essayera désormais de prendre son destin en main. La Constitution, une fois entrée en vigueur, ne doit plus s'éloigner de la volonté de son créateur. Nulle révision, nulle mutation informelle de la norme suprême, nulle interprétation dynamique sans le consentement du peuple souverain. Avec l'avènement du « *nuevo constitucionalismo* », le temps où Benjamin Constant définissait la constitution

---

[50] Les deux premiers membres de la doctrine à utiliser cette qualification sont R. VICIANO PASTOR et R. MARTÍNEZ DALMAU, de l'Université de Valence en Espagne. Voir par exemple : « El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano », *Revista de Ciencias Sociales*, n°13, 2005, pp. 55-68; « El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Fundamentos para una construcción doctrinal », *Revista General de Derecho Público Comparado*, n°9, 2011, pp. 1-24; *Estudios sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012. Dans la foulée, une grande partie de la doctrine en Amérique latine va reprendre la dénomination « *nuevo constitucionalismo* » à son compte.

[51] On se permettra de renvoyer à notre étude récente : S. PINON, « Les voies d'une démocratie modernisée ouvertes en Amérique latine », *La Revue des Droits de l'Homme*, n°24, 2023 (en cours de publication) *https://journals.openedition.org/revdh/*. Egalement, F. PALACIOS ROMEO, *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Participativo en Latinoamérica. Una Propuesta frente a la Crisis del Behemoth Occidental*, Pamplona, Aranzadi, 2013.

[52] L. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, Madrid, ed. Trotta, 2013.

comme « un acte de défiance » semblait bien révolu. Elle devenait au contraire porteuse d'espoirs : « on avance vers une définition de la constitution comme formule démocratique où le pouvoir constituant – la souveraineté populaire – exprime sa volonté sur la configuration et la limitation de l'Etat mais aussi de la société elle-même »[53]. La réhabilitation du pouvoir constituant du peuple se présente comme la clé de voûte de tout l'édifice. Pour l'activer constamment, il faut que le peuple puisse contrôler ses représentants (les pouvoirs constitués) ; qu'il puisse les révoquer à tout instant ; qu'il puisse participer dans toutes les sphères de la vie politique et sociale (dans les Administrations publiques, à l'Université, au niveau local, national etc.) ; qu'il puisse légiférer directement. Parallèlement, on a la certitude que l'émancipation individuelle et collective, que le retour à la dignité sociale, seront les moteurs d'une participation citoyenne effective. Le nouveau constitutionnalisme se conjugue donc aussi avec la protection des droits : des droits capables de favoriser l'intégration des secteurs les plus marginalisés, de respecter la diversité ethnique et culturelle du pays. La protection des peuples indigènes devient une priorité, tout comme la préservation de l'environnement (la promotion du modèle du « *buen vivir* »[54]). Pour les défenseurs des *cartas magnas* de 1999 (Venezuela), de 2008 (Equateur), de 2009 (Bolivie), la combinatoire protection des droits / participation directe sera de nature à transformer les sociétés, voire à les « décoloniser ».

L'histoire contée par ces textes était sans doute trop belle ! D'abord, parce que tout ne fut pas qu'élan de générosité et de bien vivre. La suspicion, le sectarisme, ont aussi joué un rôle. Ensuite, parce que le « *nuevo constitucionalimo* », par sa logique de superposition et d'agrégation de traditions intellectuelles diverses, s'exposait à une avalanche de contradictions. Rapidement, la mystique initiale s'est muée en désillusion, voire en drame humanitaire dans le cas du Venezuela. Un auteur mettra dès le départ ces contradictions en évidence, le professeur Argentin Roberto

---

[53] R. VICIANO PASTOR, R. MARTÍNEZ DALMAU, « Aspects généraux du nouveau constitutionnalisme latino-américain », in C. M. HERRERA, (dir.), *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ? op. cit.*, p. 31. Leur vision trouve parfaitement à s'illustrer dans l'article 347 de la Constitution de la République bolivarienne du Venezuela : « *Le peuple vénézuélien est le dépositaire du pouvoir constituant originel. Dans l'exercice de ce pouvoir, il peut convoquer une assemblée nationale constituante en vue de transformer l'État, de créer un nouvel ordre juridique et de rédiger une nouvelle constitution* ».

[54] Se référer aux développements du § II, C.

Gargarella[55]. La principale relève selon lui d'une hybridation négative, fatalement vouée à l'échec : celle qui consiste à plaquer des déclarations de droits très avancées sur une organisation des pouvoirs héritée du XIXe siècle, marquée par l'autoritarisme. Il parle d'une « fracture interne » propre à toutes ces nouvelles Constitutions – qu'il observera aussi dans le projet de constitution chilien de 2022 –, des « deux âmes » du constitutionnalisme latino-américain, incompatibles et impossible à réconcilier. La thèse peut évidemment se discuter. Cette hybridation de l'ancien (marqué par l'élitisme, le « *caudillisme* », l'exclusion politique) et du moderne (généreux, social, multiculturel), relève selon lui de l'erreur structurelle. Pour reprendre une métaphore répétée par l'auteur, le peuple aura une chance d'exercer pleinement les droits proclamés dans les textes, le jour où les portes de la « salle des machines » de la Constitution lui seront ouvertes. Malgré tout, ces incohérences ne sont pas suffisantes pour négliger les apports du « nouveau constitutionnalisme », encore moins pour le mépriser. D'autres échecs retentissants ont eu lieu dans l'histoire – 1848 en France, la Constitution de Weimar, la Seconde République espagnole, la Constitution russe de 1993 plus près de nous – que l'on attribuera à un contexte inadapté, à des mœurs politiques délétères ou à un avant-gardisme trop précoce.

Le droit constitutionnel latino-américain est bien celui de l'innovation, de l'expérimentation, de l'exubérance. Mais, en France, les vieux réflexes à son encontre mettront encore du temps avant de se dissiper. Des interrogations demeurent, auxquelles il faudra bien répondre. Pourquoi, en France, les liens doctrinaux sont si faibles entre le régime constitutionnel inédit inauguré en 1958 et la tradition des présidentialismes enracinée dans la culture sud-américaine ? Pourquoi la Ve République a pu s'orienter vers une sorte de « présidentialisme démocratique » alors que là-bas, sur le fondement de textes constitutionnels matériellement bien plus élaborés, la lecture du présidentialisme fut tendanciellement plus autoritaire ? Quels sont les éléments qui conditionnent les réussites des textes constitutionnels ? Dans

---

[55] R. GARGARELLA, « Sobre el "Nuevo constitucionalismo latinoamericano" », Revista Uruguaya de Ciencia Política, vol. 27, 2018, p. 109-129 ou *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz ed. 2014. Dans le même sens, P. CÓRDOVA VINUEZA, « Nuevos derechos en viejas constituciones. La arquitectura institucional del presidencialismo fractura la historia del constitucionalismo en Ecuador », *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2019, p. 115-133.

les faits, l'implantation durable de la démocratie aurait-elle si peu à voir avec la norme constitutionnelle écrite ? En étudiant le droit constitutionnel en Amérique latine, on en arriverait presque à croire, en jouant sur les termes de la pensée marxiste, que l'élément déterminant dans une société n'est pas l'*infrastructure* juridico-constitutionnelle, mais la *superstructure*, composée des idéologies dominantes, du niveau d'éducation, de la religion, des mœurs politiques, du taux de pauvreté, de la culture citoyenne du règlement pacifique des différends… Le succès du normativisme constitutionnel dépendrait-il à ce point de conditionnements extra-juridiques ? Au bout du compte, il y a peut-être là un facteur d'explication de ce relatif désintérêt en France pour cette zone du Sud global, qui ressemble à une « histoire délaissée »[56]. Etudier le droit constitutionnel en Amérique latine laisserait en quelque sorte rejaillir, comme à travers un miroir grossissant, les faiblesses profondes et si souvent dissimulées de la discipline.

[56] S. PINON, « Plaidoyer pour une histoire délaissée. Le droit constitutionnel en Amérique latine », *Pouvoirs*, n°186, 2023 (à paraître). Consultable sur *Revue-Pouvoirs.fr.*

31. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) E A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA (LAI) UMA DICOTOMIA? UM ENFOQUE A PARTIR DOS DADOS PÚBLICOS – OS APORTES DO DIREITO EUROPEU

 https://doi.org/10.36592/9786554600668-31

Têmis Limberger[1]

RESUMO

Este estudo visa refletir se a Lei Geral de Proteção de Dados é dicotômica com relação a Lei de Acesso à Informação Pública e buscar uma interpretação que atenda ao interesse público e ao direito fundamental à proteção dos dados pessoais, analisando o artigo 23, *caput*, da LGPD, que aborda o tratamento de dados pelo poder público. Para tanto, utilizar-se-á aportes do direito europeu, no qual alguns países são veteranos em acesso à informação pública, e cujas regras são consolidadas no Regulamento CE 1049/2001 e, por outro lado, o Regulamento Geral de Proteção de Dados UE 2016/679. Para resolução do conflito aparente: proteger os dados pessoais ou propiciar a transparência, sugerem-se critérios. Ao final, conclui-se que apesar de ainda não haver no país a cultura da proteção dos dados pessoais é possível o diálogo, visto que não existem direitos absolutos no ordenamento jurídico.

Palavras chaves: Direito Fundamental à Proteção de dados pessoais. Acesso à informação pública. Tratamento de dados pelo poder público. Regulamento geral de proteção de dados europeu. Diálogo legislativo.

ABSTRACT

This study aims to reflect on whether the General Data Protection Law is dichotomous in relation to the Law on Access to Public Information and to seek an interpretation that meets the public interest and the fundamental right to the protection of personal data, analyzing article 23, caput, of the LGPD, which addresses

---

[1] Limberger, Têmis. Advogada, professora PPGD Unisinos, procuradora de justiça jubilada. Doutora pela Universidade Pompeu Fabra(Barcelona), estágio pós-doutoral na Universidade de Sevilha. Mestra e graduada pela UFRGS.

the processing of data by the public authorities. For this purpose, contributions from European law will be used, in which some countries are veterans in accessing public information, and whose rules are consolidated in EC Regulation 1049/2001 and, on the other hand, the EU General Data Protection Regulation 2016/679. For resolution of the apparent conflict: protecting personal data or providing transparency, criteria are suggested. In the end, it is concluded that although there is still no culture of protection of personal data in the country, dialogue is possible, since there are no absolute rights in the legal system.
Keywords: Fundamental Right to Protection of Personal Data. Access to public information. Data processing by the public authorities. European General Data Protection Regulation. Legislative dialogue.

1. Introdução.

Pode parecer uma dicotomia: proteger os dados pessoais ou acessar a informação pública em rede. Trata-se de um diálogo possível?

O dilema já foi formulado na pergunta[2]: Como pode se reconciliar a tensão entre transparência e privacidade? Deve se sacrificar o acesso aos documentos no altar da privacidade? Ou, deve a privacidade se evaporar para poder desinfetar os governos com a luz do sol? O embate entre público e privado é atualizado na LGPD, quando a legislação se refere ao tratamento dos dados públicos e faz referência à LAI. Esta também, por sua vez, refere-se à proteção de dados pessoais.

Assim, formulam-se as hipóteses: é possível o diálogo entre LGPD e a LAI ou este é impossível. A LGPD disciplina a proteção de dados pessoais, recentemente erigida à condição de direito fundamental, artigo 5º, LXXIX, CF, sendo que a LAI, decorre principalmente do direito à informação, artigo 5º, XXXIII, da CF. Por sua vez, a Carta Europeia[3] de direitos fundamentais, dispõe no artigo 8º sobre a proteção de dados pessoais e no artigo 42, prevê o acesso aos documentos públicos, aos

[2] SOLOVE, Daniel J. *The Digital Person. Technology and Privacy in the Information Age, New York University Press*, 2004. p.150.
[3] *CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA*, 2016/C, 364/01. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 04 ago. 2023.

cidadãos.

O método empregado é o hipotético-dedutivo, valendo-se do procedimento comparativo e de pesquisa doutrinária. Reconhece-se a importância comparativa do direito norte-americano, porém, o artigo centra-se na pesquisa comparada dos aportes do direito europeu.

Aborda-se, também, o *caput,* do art. 23, da LGPD, que visa estatuir as regras referentes ao tratamento de dados pessoais pelo poder público dos usuários e remete à LAI. Busca-se a experiência no direito comparado, principalmente, o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu (RGPD) 2016/679, porque inspirou a normativa brasileira e o Regulamento (CE) nº 1049/2001[4] do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo ao acesso público aos documentos das instituições da UE, mas sem descuidar das especificidades próprias do Brasil.

Como desdobramento do Regulamento, os países legislaram internamente, assim, tem-se a legislação francesa[5], que inspirou à portuguesa[6], conhecidas informalmente como LADA. O Reino Unido, também tem sua disciplina específica com o *The Freedom of Information Act* 2000 *(FOIA)*[7].

Porém, tributo maior deve ser prestado ao pioneirismo dos países escandinavos, no qual o protagonismo foi da Suécia, que em 1766, criou um comitê para regular a possibilidade de a imprensa poder escrever e emitir opiniões sobre documentos sem precisar se submeter à censura, que ficou conhecida como o

---

[4] *REGULAMENTO (CE) nº 1049*, de 30 de maio de 2001. Relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001R1049&from=en. Acesso em: 04 ago. 2023.

[5] FRANÇA. *Lei nº 78/753,* de 17 de julho de 1978. Dispõe sobre as diversas medidas para melhorar as relações entre a administração e o público e diversas disposições administrativas, sociais e fiscais. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000006068643/. Acesso em: 04 ago. 2023.

[6] BRASIL. *Lei nº 26/2016,* de 22 de agosto de 2016. Regula o acesso à informação administrativa e ambiental. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2591&tabela=leis&ficha=1. Acesso em: 04 ago. 2023.

[7] *LEI DO REINO UNIDO THE FREEDOM OF INFORMATION ACT 2000 (FOIA).* Disponível em: Https://ico.org.uk. Acesso em: [7] FRANÇA. Lei nº 78/753 de 17 de julho de 1978. Dispõe sobre as diversas medidas para melhorar as relações entre a administração e o público e diversas disposições administrativas, sociais e fiscais. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000006068643/. Acesso em: 04 ago. 2023.

[7] BRASIL. *Lei nº 26/2016,* de 22 de agosto de 2016. Regula o acesso à informação administrativa e ambiental. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2591&tabela=leis&ficha=1. Acesso em: 04 ago. 2023.

primeiro regramento de acesso à informação pública. Frise-se que, antes mesmo que houvesse a Revolução Francesa, que em 1789, consagrou no artigo 15 da Declaração de Direito do Homem e do Cidadão, o direito do cidadão de pedir contas a todo agente público incumbido da administração. A segunda lei de acesso à informação pública ocorreu apenas em 1951, na Finlândia, posteriormente, Dinamarca e Noruega (ambos em 1970) tiveram marcos legais de transparência.

A legislação europeia protetiva dos dados pessoais é fruto de uma evolução que inicia na década de 1970, com lei específica no Land de Hesse, na Alemanha, destacando-se a legislação francesa que previu uma Comissão Nacional para Proteção de Dados (1978) e se torna mais abrangente como o Convênio 108 que teve o caráter de generalidade ao tratar dos princípios da proteção de dados pessoais, que foram incorporados às novas legislações. Em 2018, houve a edição do Convênio 108+, que atualizou as disposições anteriores e permitiu a adesão de outros países não comunitários[8].

O Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu - RGPD EU 2016/679, revogou expressamente a DC 95/46 CE e manteve o tratamento dos dados pessoais de forma unívoca, sem distinguir arquivos de titularidade pública ou privada, apontando apenas topicamente no tocante ao interesse público como se extrai do art. 6º.1[9], “e” e 6º.3., “b”[10], por exemplo.

Neste, atualmente, não existe dispositivo específico no RGPD a respeito do

---

[8] Atualmente, Uruguai é um dos países signatários. *BLOG DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y TECNOLOGÍAS.* Disponível em: <https://blog.cuatrocasas.com/propriedad-intelectual/convenio-108-datos/>. Acesso em: 04 ago. 2023.

[9] *Regulamento 2016/679*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD). Art. 6º.1 - O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações: (...) e) O tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&qid=1641507736183&from=EN>. Acesso em: 04 ago.2023.

[10] *Regulamento 2016/679,* do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. RGPD, Art. 6º.3 - O fundamento jurídico para o tratamento referido no parágrafo 1, alíneas c) e e), é definido: (...) b) Pelo direito do Estado-Membro ao qual o responsável pelo tratamento está sujeito. A finalidade do tratamento é determinada com esse fundamento jurídico ou, no que respeita ao tratamento referido no parágrafo 1, alínea e), deve ser necessária ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento. (...) O direito da União ou do Estado-Membro deve responder a um objetivo de interesse público e ser proporcional ao objetivo legítimo prosseguido. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&qid=1641507736183&from=EN >. Acesso em: 04 ago. 2023.

tratamento dos dados realizados pelo poder público. Esse regulamento é abrangente, no tocante à proteção dos dados pessoais sem especificar o caráter público ou privado. Somente existem algumas expressões, que denotam referência ao poder público, como arquivos de interesse público, por exemplo.

De outro lado, o Regulamento nº 1049/2001 estabelece o direito de acesso aos documentos de instituições, organismos, serviços e agências da EU, mas aponta restrições, principalmente, quando possa prejudicar a proteção do interesse público ou interferir na vida privada e do cidadão.

Assim, objetiva-se verificar se é possível o diálogo entre proteção de dados pessoais e acesso à informação pública e, caso seja, apontar quais os critérios para balizar esta interpretação.

2. LGPD E LAI um diálogo (im)possível? A busca da construção de critérios

Este diálogo[11] entre direito à proteção de dados pessoais[12] e direito a acessar a informação pública dos cidadãos é um binômio já conhecido no direito comparado, que vem se incorporar ao direito brasileiro, especialmente no *caput*, do art. 23, da LGPD[13], que disciplina o direito dos usuários, frente aos dados tratados pelo poder público.

Vale recordar o postulado de que os direitos fundamentais podem ser submetidos a restrições. O direito à proteção de dados pessoais não constitui uma prerrogativa absoluta, pois deve ser considerado em relação com sua função na

---

[11]JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration:le droit Internationale privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Haye, Nijhoff, 1995, II, p. 295.

[12] SARLET, Ingo. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dado. In: MENDES, Laura [et al.] (org.). *Tratado de proteção de dados pessoais.* Rio de Janeiro: Forense, 2021.Antes mesmo de se ter a positivação do direito fundamental à proteção de dados pessoais, o prof. Ingo Sarlet já apresentava fundamentos e contribuições para tal.
Vide também, DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais:* fundamentos da LGPD, 2ªed., São Paulo: Thomson Reuters RT, 2020, p. 172.

[13] BRASIL. *Lei nº 13.709,* de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Art. 23. O tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à informação pública), deverá ser realizado para o atendimento da finalidade pública, na persecução do interesse público, como o objetivo de executar as competências legais do serviço público, desde que: (...). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 04 ago. 2023.

sociedade, conforme já decidiu o TJUE[14] e vem estatuído no Considerando nº 4[15], do RGPD.

No cenário jurídico brasileiro, revelam-se alguns "aparentes paradoxos" [16] a partir de um marco jurídico estruturado a partir da privacidade, tornando-se necessário promover a transparência, que ganha cada vez mais protagonismo.

À primeira vista pode parecer contraditório, mas é possível indicar o direito prevalente, considerando o caso concreto. É importante, buscar as lições do direito comparado que já enfrentaram a dicotomia.

O RGPD inova ao estabelecer a transparência no art. 5.1, colocando a licitude, a lealdade e a transparência na relação do tratamento, que se deve estatuir com o titular dos dados, sendo que o considerando nº 39[17], além destes postulados, agrega

---

[14] Caso *Volker und Markus Schecke y Eifert*, TJUE, sentença de 9/11/2010. (PIÑAR MAÑAS [et al.]. *El derecho a protección de datos em la jurisprudência del Tribunal de Justicia de la Unión Europeia*. Ed la Ley: Madrid, 2018. p. 29.

[15] *Regulamento 2016/679,* do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. RGPD, Considerando nº4. O tratamento dos dados pessoais deverá ser concebido para servir as pessoas. O direito à proteção de dados pessoais não é absoluto; deve ser considerado em relação à sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais, em conformidade com o princípio da proporcionalidade. O presente regulamento respeita todos os direitos fundamentais e observa as liberdades e os princípios reconhecidos na Carta, consagrados nos Tratados, nomeadamente o respeito pela vida privada e familiar, pelo domicílio e pelas comunicações, a proteção dos dados pessoais, a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, a liberdade de expressão e de informação, a liberdade de empresa, o direito à ação e a um tribunal imparcial, e a diversidade cultural, religiosa e linguística. Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&qid=1641507736183&from=EN >. Acesso em: 04 ago. 2023.

[16] DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da LGPD, In: MENDES, Laura [et al.] (org.). *Tratado de proteção de dados pessoais.* Rio de Janeiro: Forense, 2021,p.325.

[17] Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. RGPD, Considerando nº 39. O tratamento de dados pessoais deverá ser efetuado de forma lícita e equitativa. Deverá ser transparente para as pessoas singulares que os dados pessoais que lhes dizem respeito são recolhidos, utilizados, consultados ou sujeitos a qualquer outro tipo de tratamento e a medida em que os dados pessoais são ou virão a ser tratados. O princípio da transparência exige que as informações ou comunicações relacionadas com o tratamento desses dados pessoais sejam de fácil acesso e compreensão, e formuladas numa linguagem clara e simples. Esse princípio diz respeito, em particular, às informações fornecidas aos titulares dos dados sobre a identidade do responsável pelo tratamento dos mesmos e os fins a que o tratamento se destina, bem como às informações que se destinam a assegurar que seja efetuado com equidade e transparência para com as pessoas singulares em causa, bem como a salvaguardar o seu direito a obter a confirmação e a comunicação dos dados pessoais que lhes dizem respeito que estão a ser tratados. As pessoas singulares a quem os dados dizem respeito deverão ser alertadas para os riscos, regras, garantias e direitos associados ao tratamento dos dados pessoais e para os meios de que dispõem para exercer os seus direitos relativamente a esse tratamento. Em especial, as finalidades específicas do tratamento dos dados pessoais deverão ser explícitas e legítimas e ser determinadas aquando da coleta dos dados pessoais. Os dados pessoais deverão ser adequados, pertinentes e limitados ao necessário para os efeitos para os quais são tratados. Para isso, é necessário assegurar que o prazo de conservação dos dados seja limitado ao mínimo. Os dados pessoais apenas deverão ser tratados se a finalidade do

a equidade.

Volta-se ao questionamento proposto[18]: Como pode reconciliar-se a tensão entre transparência e privacidade?

Para deslindar a questão, resulta necessário conjugar o direito à proteção dos dados pessoais dos cidadãos com o direito a acessar a informação do setor público, e, para resolver o dilema, são apontados alguns critérios[19]: a) valoração caso a caso da questão de se um dado de caráter pessoal pode publicar-se, fazer-se acessível ou não, e, em caso afirmativo, em que condições e de que maneira (digitalização ou não, difusão em internet ou não, etc); b) princípios da finalidade e legitimidade; c) quais as informação da pessoa em questão; d) e o seu correlato direito de oposição, utilização das novas tecnologias em prol da proteção dos dados pessoais.

Por isso, Piñar Mañas, em uma feliz síntese propugna: acesso à informação e proteção de dados, as chaves de uma relação[20], buscando estabelecer parâmetros. Assim, o caráter público de um dado de caráter pessoal, que resulte de uma normativa ou da vontade da própria pessoa a que refere o dado, não priva "ipso facto" e para sempre, dita pessoa da proteção que garante a lei, em virtude dos princípios fundamentais de defesa da identidade humana[21].

Emilio Guichot[22] ao analisar o embate travado entre administração pública e

---

tratamento não puder ser atingida de forma razoável por outros meios. A fim de assegurar que os dados pessoais sejam conservados apenas durante o período considerado necessário, o responsável pelo tratamento deverá fixar os prazos para o apagamento ou a revisão periódica. Deverão ser adotadas todas as medidas razoáveis para que os dados pessoais inexatos sejam retificados ou apagados. Os dados pessoais deverão ser tratados de uma forma que garanta a devida segurança e confidencialidade, incluindo para evitar o acesso a dados pessoais e equipamento utilizado para o seu tratamento, ou a utilização dos mesmos, por pessoas não autorizadas. Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&qid=1641507736183&from=EN >. Acesso em: 04 ago. 2023.

[18] Solove, *The Digital Person.* Technology and Privacy in the Information Age, op. cit., p.150.

[19] *IV Encuentro de Agencias Autonómicas de Protección de Datos*, Vitoria, 23 y 24 de octubre de 2007. Disponível em:<https://www.avpd.euskadi.eus/s04-75/es/contenidos/evento/4_encuentro_apds/es_intro/programa.html>. Acesso em: 04 ago. 2023.

[20] PIÑAR MAÑAS, Transparencia y protección de datos. Una referencia de la Ley Española 19/2013 de transparência, acceso a la información y buen gobierno. In: SARLET, Ingo Wolfang [et al.]. *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal.* Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2016. p.77.

[21] Grupo de Trabajo del Artículo 29, em su Dicctamen 3/99, relativo a *Información del Sector Público y protección de datos personales, aprobado el 3/5/2003*.

[22] GUICHOT, Emilio. *Datos personales y administración pública.* Navarra: Thomson & Civitas, 2005. p. 321. No mesmo sentido, *vide* também, GUICHOT, Emilio. *Revista de Administración Pública nº 173* (mayo/agosto de 2007), p. 407/445, onde estabelece diretrizes acerca de como haveria de se interpretar a relação entre o direito de acesso e o direito à proteção de dados, consolidadas no direito

proteção de dados, assevera que a chave para deslindar este complexo sistema, propugna estatuir algumas limitações, no sentido de que, pode-se: proibir o acesso a determinados dados, restringir determinados usos, permitir o acesso a um grupo reduzido de pessoas, impor o acesso mediante condições (por exemplo, a necessidade de justificar uma petição) ou permitir unicamente o acesso não informatizado (por exemplo, cópia de um documento).

A regra geral era a necessidade do consentimento para proceder a cessão dos dados que resultem afetados ante uma petição de acesso aos arquivos e documentos, hoje a situação é contrária: o ponto de partida é que a cessão vem habilitada pela lei[23].

É resgatado, inicialmente, neste artigo, o embate entre proteção aos dados e o acesso à informação pública, já que existem técnicas de superação deste conflito. O art. 23 demanda interpretação sistemática[24], visando a concretização do princípio da igualdade e da segurança jurídica na aplicação do Direito, buscando assegurar a unidade da ordem jurídica. Assim, deve-se buscar promover uma interpretação sistemática da LGPD e da LAI. Deste modo, uma das questões postas é no sentido de como conjugá-los, uma vez que uma lei determina a proteção dos dados pessoais e outra a publicidade das informações de caráter público. A primeira impressão pode ser no sentido de contradição, mas esta é apenas aparente. O ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma sistemática, buscando-se um diálogo harmonioso.

---

europeu, p. 438. A Lei (Ley 19/2013) é um título habilitante para poder levar a cabo, sem o consentimento dos afetados, a cessão dos seus dados pessoais a terceiros (solicitantes do acesso). Veja-se o art. 11 da LOPD, que dispõe sobre a cessão dos dados e assevera que não será possível sem o consentimento dos afetados, salvo que uma lei o autorize, (e esta é a Lei de Transparência).

[23] PIÑAR MAÑAS, José Luis, Transparencia y protección de datos. Una referencia de la Ley Española 19/2013 de transparência, acceso a la información y buen Gobierno, p.86, quando estatui que a Lei 19/2013, em seu art. 12 dispõe sobre o direito de acesso à informação pública, nos termos do artigo 105 "b", da CE e, posteriormente, o art. 15, da Lei 19/2013, que disciplina (em seus apartados), a proteção dos dados pessoais, especialmente protegidos ou não.

[24] CANARIS, Wilhelm Claus. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989, p. 22/23. A ideia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, notadamente o princípio da justiça e suas concretizações no princípio da igualdade e a segurança jurídica em suas manifestações como determinação e previsibilidade do direito, como estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência ou simplesmente como a aplicação do Direito. O papel do conceito de sistema é o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica. Assim, o pensamento sistemático radica na ideia de Direito como o conjunto dos valores mais elevados. Ainda que a adequação e a unidade com frequência possam realizar-se de modo fragmentado. A fragmentação não nega a possibilidade da sistemática, apenas torna claro que são postos certos limites à formação plena.

A LAI tem como objetivo garantir a informação pública em rede, prevista no art. 5º, XXXIII, da CF (acesso à informação pública) e no art. 37, §3º, II, da CF, que prevê formas de participação do usuário na administração pública e acesso dos usuários a registros e informações sobre atos de governo[25], observado o art. 5º, X, da CF e as hipóteses de sigilo.

Os arts. 5º, XXXIII e 37, §3º, II, da CF, concretizam o princípio da publicidade administrativa, previsto no art. 37, *caput*, da CF. A partir do qual a LAI visa assegurar a transparência. Deste modo, o poder público tem de conferir ampla publicidade aos seus atos. A publicidade é a regra e o sigilo a exceção. Neste contexto, a transparência que não vem explícita na CF podendo ser extraída do princípio da publicidade (art. 37, *caput*, CF), do princípio democrático insculpido já no art. 1º, da CF e do direito à informação (art. 5º, XXXIII, CF) [26]. Daí pode-se concluir que a publicidade é o gênero (previsão do princípio em sede constitucional) do qual a transparência é espécie (prevista em leis infraconstitucionais).

Visando normatizar estes preceitos foi promulgada a Lei nº 12.527/2011[27], Lei de acesso às informações públicas - LAI, em razão da qual foi instituído o Decreto nº 7.724/2012, que cunhou a denominação transparência ativa (arts.7º e 8º do Decreto), nas situações em que a administração de ofício transfere informação e transparência passiva (arts. 9º e 10 do Decreto), quando a informação é solicitada à Administração

---

[25] Carvalho critica a expressão ato de governo, que está abrigado dentro da noção de ato administrativo. Atos da Administração traduz sentido amplo e indica todo e qualquer ato que se origine dos inúmeros órgãos que compõem o sistema administrativo em qualquer dos poderes. O critério de identificação reside na "origem" da manifestação de vontade como sendo proveniente da Administração Pública. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* 32ªed., São Paulo: Gen/Atlas, 2018, p. 103). Alguns autores aludem a atos políticos e de governo. E, também se insurge a esta posição, porque os atos se fundamentam na Lei e na Constituição, motivo pelo qual considera a expressão "atos de governo ou políticos" passível de crítica (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 17ªed., 2004. p. 172/173). Di Pietro mantém-se fiel à divisão doutrinária e estatui que a função política tem uma predominância de prática pelo Chefe do Poder Executivo, embora não seja prerrogativa exclusiva deste. Decorrente da distinção entre Administração Pública e Governo (sentido mais político) (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 31ª ed., São Paulo: Gen Forense, 2018. p. 79 e 84). Por conseguinte, exemplos destes últimos seriam: a convocação extraordinária do Congresso Nacional, a nomeação das Comissões Parlamentares de Inquérito, a nomeação de relações com Estados estrangeiros, a declaração de guerra e a celebração de paz, a declaração de estado de sítio e de emergência e a intervenção.

[26] LIMBERGER, Têmis. *Cibertransparência:* informação pública em rede – a virtualidade e suas repercussões na realidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, a respeito da noção de publicidade e transparência, p. 44/5.

[27] A LAI revogou alguns dispositivos da Lei nº 8.159/1991, que regula arquivo os arquivos públicos e integralmente a Lei nº 11.111/2005, que regulamentava a parte final do art. 5º, XXXIII, CF.

pelo interessado.

A publicidade encontra um limite estatuído pelo art. 5º, X, CF (o direito à intimidade, à vida privada, à honra, a imagem das pessoas, assegurando-se em caso de violação danos morais ou materiais), e, recentemente o artigo 5º, LXXIX, da CF, eleva a proteção dos dados pessoais ao âmbito constitucional[28]. Corroborando o postulado de que os direitos se autolimitam no ordenamento jurídico.

Assim, a Constituição Federal menciona privacidade e intimidade, da qual se tem a distinção nem sempre agasalhada pela doutrina[29]. Salienta-se que a LGPD não fez a distinção, em seu art. 2º, I, referindo-se somente à privacidade.

O art. 23 da LGPD evoca o binômio: proteção de dados e transparência, dos usuários frente ao tratamento de dados pelo poder público, havendo que se buscar uma interpretação sistemática dentro do contexto do ordenamento jurídico brasileiro. Um exemplo que pode ilustrar os limites da lei de acesso à informação e a lei de proteção dos dados pessoais é quando se estatui a obrigatoriedade da divulgação dos gastos públicos. Assim, o poder público deve disponibilizar o que gasta com os servidores[30], mas, por vezes, há informações de cunho pessoal como o desconto de pensão alimentícia, plano médico, prestação imobiliária, por exemplo.

A LGPD já enuncia os princípios do livre acesso e da transparência no art. 6º, IV e VI da LGPD. Deste modo, a leitura compatível aponta no sentido de que a publicidade pretendida pela lei de acesso à informação pública, encontra seu limite no estatuto legal, que determina a proteção dos dados pessoais.

O direito à informação é de caráter duplo, pois compreende o direito a informar e ser informado, devendo ambos ser permeados pela pauta democrática[31] insculpida

---

[28] BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 ago. 2023. BRASIL. *Proposta de emenda à Constituição nº 17 de 2019.* Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594. Acesso em: 04 ago. 2023.

[29] DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais:* fundamentos da LGPD, In: MENDES, Laura [et al.] (org.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 325.

[30] BRASIL. *Supremo Tribunal Federal (STF).* ARE 652777, TP, Relator Teori Zavascki, j. 23/04/2015, DJ 01/07/2015. *Vide* Guichot, quando dispõe que os ingressos salariais de uma pessoa, integram o conceito de vida privada contido no art. 8º, da Carta Europeia, em referência à sentença *Amann* c. Suiza de 16/2/2000, *Recueil des arrêtes et décisions* 2000-II, §65, y *Rotaru* c. Rumania de 4/5/2000, *Recueil des arrêtes et décisions* 2000-V, § 43 (GUICHOT, Datos Personales y Administracción Pública, op. cit., p. 308).

[31] VILLAVERDE MENÉZES, Ignácio. *Estado democrático e información:* El derecho a ser informado y La Constitución Española de 1978. Junta General del Principado de Asturias: Oviedo, 1994, p. 27.

na CF. Assim, tanto o cidadão pode produzir informação, quanto recebê-la. E essa difusão de informação é cada vez mais intensa com a comunicação em rede. Se em outros tempos era muito difícil a produção da informação, uma vez que existia a centralidade da comunicação pelos meios tradicionais: jornal, rádio, televisão, etc. Nos dias de hoje, é possível que cada pessoa seja produtor de comunicação com todas as possibilidades postas nas redes sociais. No dizer de Castells [32] cada cidadão se torna um difusor e um propagador de informação. Se isso é democrático por um lado, uma vez que na rede não se tem a centralidade ou hierarquia, por outro existe a necessidade de responsabilização e limite na produção desta informação. Assim, se por um lado é possível apresentar uma contestação a uma notícia trazida pela imprensa tradicional, por outro, é imprescindível que haja responsabilidade na veiculação, pois comunicação lançada na rede é de rápida difusão e pode trazer sérias consequências para outras pessoas. O julgamento ocorre de maneira rápida pelos usuários das redes sociais e não se tem o valoroso princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.

O direito à informação visa a formação cidadã, logo tem um compromisso com a democracia. Deste modo, as denominadas *fake news* subvertem ao debate democrático e não podem ser tidas como informativas, pois se considerariam uma contradição nos seus próprios termos.

O acesso à informação pública [33] é a informação sobre a informação complementada pelo agir da administração. Toma postura do direito de acesso aos documentos administrativos como manifestação concreta do direito a receber informação[34].

Uma das consequências que se pode extrair da LAI é no sentido de possibilitar o controle dos atos da administração pública, sendo no aspecto de controle social (realizado pelo cidadão ou sociedade) ou os controles administrativos ou judiciais, entendido como a possibilidade de fiscalização recíproca entre os poderes, instituições e cidadania, atualizando o Princípio da Separação dos Poderes.

---

[32] CASTELLS, Manuel. *Comunicación y Poder*. Alianza Editorial: Madrid, 2009. p. 25.
[33] FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *El derecho de acceso a los documentos administrativos*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 357.
[34] Ibid. p. 350

Estes mecanismos se sofisticaram com a lei que estatui os dados abertos[35], possibilitando um cruzamento e intensificando a fiscalização deles, pois é permitido a cada cidadão a criação de sua própria plataforma. Atualmente, mais de 118 países[36] têm leis de acesso à informação pública.

Assim, a revolução tecnológica permite e exige uma Administração[37] mais eficaz e eficiente, mais próxima ao cidadão, mais moderna, mais rápida, que permita oferecer aos cidadãos um serviço muito melhor. Porém, ao mesmo tempo, exige uma Administração Pública mais transparente, mais democrática, mais controlada, mais acessível e mais respeitosa com a privacidade[38], ao qual se adiciona a proteção dos dados pessoais.

Diante deste contexto, volta-se à questão inicialmente formulada de apontar se é possível promover um diálogo entre a LGPD e a LAI. O Supremo Tribunal Federal realizou julgamentos importantes em prol da proteção de dados e da transparência (ADI 6387[39] e ADPF nº 690/DF[40]). Apesar de parecer que há uma contradição, quando a última pretende a proteção dos dados e a outra a informação, ambas dialogam em uma ação coordenada pelos valores constitucionais (princípio da publicidade, direito à informação e proteção de dados pessoais), deve-se buscar o valor preponderante em cada caso, construindo-se critérios interpretativos, eis a função dos intérpretes e operadores jurídicos.

---

[35] BRASIL. *Lei nº 12.527, Lei de Acesso à Informação*, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 04 ago. 2023.

[36] CGU. *Laboratório de Tecnologia da Informação e Mídias Educacionais.* Acesso a informação pública um direito de todos. Disponível em: https://www.labtime.ufg.br/site/#/. Acesso em: 04 ago. 2023.

[37] BRASIL. *Lei nº 14.129, Lei do Governo Digital*, de 29 de março de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14129.htm. Acesso em: 04 ago. 2023.

[38] PIÑAR MAÑAS, José Luis. *Administración Electrónica y Ciudadanos*. CIVITAS: Pamplona, 2011. p. 30. *Vide* também, HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio. Transparencia en la información al interessado del tratamento de sus datos personales y en el ejercicio de sus derechos. In: PINÃR MAÑAS, José Luis. *Reglamento General de protección de datos:* hacia un nuevo modelo europeo de privacidade. Madrid: Reus, 2016. p. 225/226.
E complementando: RAMS RAMOS, Leonor. Tratamiento y el acceso del público a los documentos oficiales. In: PINÃR MAÑAS, José Luis. *Reglamento General de protección de datos:* hacia un nuevo modelo europeo de privacidade. Madrid: Reus, 2016. p. 615.

[39] BRASIL. *Supremo Tribunal Federal (STF).* Ação Direta de Inconstitucionalidade 6387. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629. Acesso em: 04 ago. 2023.

[40] KARPOV, Kleber. *Política Distrital. STF:* Partidos contestam atos que restringem publicidade dos dados relativos à Covid-19. 08/06/2020. Disponível em: < https://www.politicadistrital.com.br/2020/06/08/stf-partidos-contestam-atos-que-restringiram-publicidade-dos-dados-relativos-a-covid-19/>. Acesso em: 04 ago. 2023.

Assim, os dispositivos normativos protetivos dos dados ou do acesso à informação pública convivem no ordenamento jurídico e há de se buscar o valor prevalente a ser tutelado, conforme o caso, a partir de critérios que serão construídos pelas decisões administrativas e judiciais, a fim de que se estabeleça a segurança jurídica em prol da sociedade e não ocorra o casuísmo das decisões subjetivas.

Destarte, tem-se que é possível estabelecer um diálogo do direito à proteção dos dados pessoais com o acesso à informação pública. O tratamento dos dados, em geral, deve ser efetuado para servir às pessoas e quando se trata do poder público, tal postulado tem de ser observado de forma mais contundente, eis que o serviço público somente se justifica para servir aos cidadãos na coletividade. O direito à proteção de dados, como os demais direitos, não é absoluto e há de ser sopesado com outros direitos fundamentais, no caso concreto, observando-se, também, os princípios que norteiam o ordenamento jurídico.

3. As pessoas jurídicas de direito público que são abrangidas pela LGPD

O dispositivo legal do *caput*, do art. 23, da LGPD remete à observância das pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da LAI. Aí a Legislação de Proteção de Dados estabelece um limitador à pessoa jurídica de direito público, que não se encontra na LAI. No inciso I, do art. 23, da LGPD são referidos órgãos da Administração Direta, quando a LAI em seu inciso II trata de pessoas jurídicas de direito público e privado. Em uma interpretação literal as pessoas jurídicas de direito privado estariam excluídas, comprometendo a noção de tratamento de dados a ser efetuado pelo poder público, o que a toda evidência é descabido.

Ainda que não haja um tratamento de forma idêntica, relativizando-se, no tocante às pessoas jurídicas de direito privado, há de se recordar o art. 3º da LGPD, que trata da aplicabilidade às pessoas jurídicas de direito público ou privado.

Destarte, visando assegurar as especificidades da administração pública, que deve sempre agir em busca da realização da finalidade pública, haveria de se estatuir linhas mestras à administração pública com suas especificidades, mas não criar um regime próprio que traga um mosaico de possibilidades interpretativas, a respeito da

finalidade do ato, o que pode comprometer a aplicação da lei.

O RGPD manteve o tratamento dos dados pessoais de forma unívoca, sem distinguir arquivos de titularidade pública ou privada, como se extrai do art. 6.1., "e"[41] e 6.3.,"b"[42], do RGPD. E, ainda, os considerandos de nºs: 50[43], 97[44], 156[45] e 163[46] ocupam-se da finalidade, interesse público, autoridade pública e confidencialidade das autoridades nacionais.

Ora, a LAI estatui o tratamento da transparência para entidades da administração direta e indireta, sem fazer distinção entre pessoas jurídicas de direito público ou privado. Assim, esta distinção não foi adequada, pois a transparência e a proteção dos dados pessoais devem ser balizadores da administração pública em qualquer esfera, bem como a busca da finalidade pública, que é inerente ao escopo que deve ser buscado pelos órgãos públicos[47].

---

[41] *Regulamento 2016/679,* do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. RGPD, Art. 6º.1 - O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações: (...) e) O tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/=1641507736183&from=EN >. Acesso em: 04 ago. 2023.

[42] *Regulamento 2016/679,* do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016.RGPD, Art. 6º.3 - O fundamento jurídico para o tratamento referido no parágrafo 1, alíneas c) e e), é definido: (...) b) Pelo direito do Estado-Membro ao qual o responsável pelo tratamento está sujeito. A finalidade do tratamento é determinada com esse fundamento jurídico ou, no que respeita ao tratamento referido no parágrafo 1, alínea e), deve ser necessária ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento.(...) Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:3from=EN >. Acesso em: 04 ago. 2023.

[43] *Regulamento 2016/679,* do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. RGPD, Considerando nº 50: O tratamento de dados pessoais para outros fins que não aqueles para os quais os dados pessoais tenham sido inicialmente coletados apenas deverá ser autorizado se for compatível com as finalidades para as quais os dados pessoais tenham sido inicialmente coletados.(...) Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT1641=EN >. Acesso em: 04 ago. 2023.

[44] *Regulamento 2016/679,* do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. RGPD, Considerando nº 97: Sempre que o tratamento dos dados for efetuado por uma autoridade pública, (...). Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CE>. Acesso em: 04 ago. 2023.

[45] *Regulamento 2016/679,* do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. RGPD, Considerando nº 156: O tratamento de dados pessoais para fins de arquivo de interesse público,(...) Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:320>. Acesso em: 04 ago. 2023.

[46] *Regulamento 2016/679,* do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. RGPD, Considerando nº 163: Deverão ser protegidas as informações confidenciais que a União e as autoridades nacionais de estatística recolham para a produção de estatísticas oficiais europeias e nacionais. (...). Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CEL>. Acesso em: 04 ago. 2023.

[47] A respeito da divulgação dos vencimentos dos servidores públicos vinculados ao nome, veja-se o julgamento do Agravo nº 652-777 tema nº 483 da Repercussão Geral, efetuada pelo STF, onde se

É importante rememorar os entes federativos previstos nos arts. 1º e 18, CF: União, Estados-membros, DF e municípios, dotados de autonomia. Também se ocupa da matéria, o art. 41 do Código Civil de 2002, quando menciona as pessoas jurídicas de direito público interno, incluindo as autarquias e demais entidades de caráter público, criadas por lei. O dispositivo legal não foi taxativo, deixando ao Poder Público a possibilidade de instituir outras modalidades de entes com personalidade jurídica própria.

A Administração direta é constituída dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios (art. 4º, I, DL 200/67).

Subordinam-se ao regime da LAI, os órgãos públicos integrantes da Administração Direta dos Poderes Executivo, Legislativo, os Tribunais de Contas, o Poder Judiciário e do Ministério Público. É importante acrescentar outras carreiras no qual se tem como funções essenciais à justiça (Defensoria Pública[48], Advocacia Pública e Procuradores Públicos).

A LAI, em seu art. 1º, parágrafo único, II, no início do dispositivo legal, remete às pessoas jurídicas: Autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, já mencionadas no art. 4º, II, DL 200/67. O conceito de administração indireta[49] foi estatuída no direito brasileiro pelo DL 200/67, a partir da noção de descentralização[50] (art. 4º, II, DL 200/67), todos com personalidade jurídica própria: Autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas.

---

defende que a matrícula atrelada aos vencimentos já seria suficiente. Caso constatada alguma disparidade de valores com relação aos demais colegas da categoria funcional, poderia ser solicitada informação específica. De toda a maneira, apesar do citado julgamento, há que se proteger informações privadas, tais como desconto de pensão alimentícia, plano médico, prestação imobiliária, etc. (LIMBERGER, Têmis, *Cibertransparência:* informação pública em rede – a virtualidade e suas repercussões na realidade, op. cit., p. 54/58).

[48] Referindo a falta de técnica legislativa ao não haver referência legislativa à Defensoria Pública. (TASSO, Fernando Antonio. Do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público. In: *LGPD Comentada,* Org. Viviane Nóbrega Maldonado e Renato Ópice Blum, 3ªed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 264).

[49] As entidades compreendidas na Administração indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua atividade principal (art. 4º, parágrafo único, do DL 200/67 com a redação da Lei nº 7.596/87).

[50] A Administração Indireta do Estado é o conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva Administração Direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada.

As autarquias sempre possuem personalidade jurídica de direito público e são criadas por lei (art. 37, XIX, da CF) possuindo patrimônio e receitas próprias, art. 5º, I, DL 200/67).

No atual modelo constitucional, as Universidades públicas gozam de autonomia didático-científica, administrativa e gestão financeira e patrimonial, art. 207, da CF, sendo que muitas vezes são constituídas sob a forma de autarquia. Em outros casos, como no das Agências Reguladoras, art.174, da CF, estão constituídas sob a forma de as autarquias em regime especial.

As empresas públicas (art. 5º, II, DL 200/67), as sociedades de economia mista (art. 5º, III, DL 200/67), são constituídas sob a forma de pessoas jurídicas de direito privado.

As fundações públicas (art. 5º, IV, DL 200/67), congregam polêmica a respeito de sua natureza jurídica, sendo que a corrente dominante[51] defende que há dois tipos de fundações de direito público e de direito privado. Por esse entendimento, as fundações de direito público são caracterizadas como verdadeiras autarquias, razão por que são denominadas, por vezes, fundações autárquicas ou autarquias fundacionais, constituindo-se uma espécie do gênero autarquias.

Os consórcios públicos não estão referidos na aludida descentralização administrativa, pois o DL 200/67 contemplava a estrutura vigente, quando da sua publicação. O consórcio público foi previsto pelo art. 241, CF e disciplinado pela Lei nº 11.107/2005, podendo ser constituído sob a forma de personalidade de direito público ou privado. Quando tiver personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados (art. 6º, §1º, Lei nº 11.107/2005). Por isso, concorda-se com Di Pietro[52], quando assevera que a Lei nº 11.107/2005 criou um tipo de entidade que prestará serviço público mediante

---

[51] Citando: Celso Antonio Bandeira de Mello, Maria Silvia Zanella Di Pietro, Diógenes Gasparini, Miguel Reale, Cretella Jr e Oswaldo Bandeira de Mello (CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, op. cit., p. 563). O STF optou por esse entendimento, quando asseverou que "nem toda fundação instituída pelo poder público é fundação de direito privado. As fundações instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécies do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o §2º do artigo 99 da CF". (STF, RE 101.126/RJ, TP, Rel. Min. Moreira Alves, j. 24.10.1984, DJ 01.03.1985 e também: STF, RE 219.900 AgR, T1, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 4.6.2004, DJ 16.08.2002).

[52] DI PIETRO, *Direito Administrativo*, op. cit., p. 515.

descentralização, trata-se dos consórcios públicos, a serem criados por entes federativos para a gestão associada de serviços públicos.

Constituem-se sob a forma de entidades de personalidade jurídica de direito privado: empresas públicas, sociedades de economia mista. É importante referir que o art. 24, da LGPD, leva em consideração a natureza jurídica da função administrativa praticada e faz a distinção entre atuação concorrencial ou não.

E, ainda, as fundações públicas e os consórcios podem revestir a forma de pessoas jurídicas de direito público ou privado, segundo a forma de constituição.

A interpretação sistemática que mais se coaduna é no sentido de que existe um tratamento básico de proteção de dados pessoais que deve ser observado com relação aos princípios constantes na lei, independente de se tratar de pessoa de direito público ou privado, conforme se depreende do artigo 7º, III e §3º, da LGPD.

O tratamento de dados das pessoas jurídicas de direito público ou privado não é idêntico, mas uma proteção básica está assegurada pelo art. 3º, da LGPD. A toda evidência, alguns institutos, como, por exemplo, consentimento para coleta dos dados ou pedido de cancelamento, deverão de ser mitigados quando se está diante de uma pessoa de direito público.

A LGPD e a LAI devem ser interpretadas em uma visão sistemática, tendo em vista a unidade e coerência do ordenamento jurídico. Haverá situações em que a proteção de dados será prevalente e outras o acesso à informação pública, verificando-se o interesse que sobressai em cada caso, sendo que os critérios interpretativos serão construídos a partir dos casos levados a exame pela autoridade administrativa ou judicial.

4. Das finalidades buscadas pelo poder público no tratamento dos dados pessoais

Em uma análise de direito comparado, o art. 6º.1, do RGPD menciona o interesse jurídico prevalente e o tratamento de dados pelas Administrações Públicas[53]. Analisando o preceito, tem-se que o legislador da União Europeia considerou que as Administrações Públicas somente poderão tratar dados em

[53] PUENT ESCOBAR, Augustín. Principios y licitude del tratamento, p. 115/168. In: RALLO LOMBARTE, Artemi. *Tratado de Protección de Datos*. Valência: Tirant to Blanc, 2019. p. 149/150.

virtude de uma obrigação legal ou como consequência da concorrência de um interesse público, seja porque o tratamento é necessário para tal fim, seja por estar vinculado a competências outorgadas às Administrações Públicas pela lei.

Há de se atentar que o princípio da limitação da sua finalidade, previsto no art. 5.1, "b", da RGPD, quando preconiza que os dados devem ser coletados para fins determinados, explícitos e legítimos. E, ainda, os dados não poderão ser tratados com fins incompatíveis com a finalidade para o qual haja sido justificada sua coleta e posterior tratamento[54].

Os órgãos da administração pública somente poderão fazer cessão ou comunicação de dados, a partir da finalidade com a qual foram coletados e guardando os balizadores de atendimento à finalidade pública, persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir atribuições do serviço público, previstos no art. 23, *caput*, da LGPD. Assim, esse dispositivo estabelece uma hipótese complementar para o tratamento de dados pelo poder público, acrescentando hipóteses, além das já previstas nos artigos 7º a 11, da LGPD[55]. A COVID-19, trouxe à tona situações em que os dados de saúde (sensíveis) são coletados no âmbito dos municípios e estados. Posteriormente, são anonimizados e disponibilizados no sítio eletrônico do Ministério da Saúde, com o intuito de formulação de políticas públicas para combate à pandemia, além de permitir transparência sobre a situação na realidade. Tal se trata de exemplo de execução de competência legal[56].

Independente de acesso de dado ao interessado (LAI) ou quando a Administração Pública deve levar a cabo a comunicação dos dados fundada no cumprimento de uma obrigação legal, que imponha dita cessão no caso em que concorram os requisitos previstos para tal, fundada no legítimo interesse[57].

---

[54] Ibid. p. 151. O Considerando 50 do RGPD, estatui de forma pormenorizada o tratamento com fins distintos, mas sempre guardando compatibilidade com a finalidade inicial.

[55] WIMMER, Miriam. O regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo poder público. In: MENDES, Laura [et al.] (org.). *Tratado de proteção de dados pessoais.* Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 271/288.

[56] *REDE INTERAGENCIAL DE INFORMAÇÕES PARA SAÚDE (RIPSA).* Disponível em: http://www.ripsa.org.br. Acesso em: 04 ago. 2023. *Vide* LIMBERGER, Têmis, SANTANNA, Gustavo da Silva;. Administração Pública e(m) rede pós-pandemia: novos rumos. *Revista Interesse Público*, v. 24, p. 53-78, 2022.

[57] Complementada pelo artigo 86 do RGPD. Ainda, Bioni se refere à necessidade de estabilizar o interesse legítimo por se tratar de conceito jurídico indeterminado: "trata-se de um denominador

Assim, o tratamento dos dados pessoais com fins distintos daqueles para os quais hajam sido coletados inicialmente, somente devem ser permitidos, quando sejam compatíveis com a finalidade da sua coleta inicial. Neste sentido, pode-se acrescentar as expectativas razoáveis do titular dos dados[58].

O conceito de atendimento de finalidade pública[59] pode ser extraído a partir da Lei nº 4.717/65, conhecida como lei da Ação Popular. Uma das primeiras noções de finalidade pública vem ao direito brasileiro por meio da ação popular, que trata do desvio de finalidade (art. 2, "e"). Tal é legatária do direito francês, que tratou do desvio de poder, no âmbito das obrigações civis. Isso se justifica pois o direito privado é de uma construção muito mais antiga do que o direito público moderno, cujo início é identificado com a Revolução Francesa. Embora, no direito romano já fosse possível extrair esta noção presente na *actio popularis.*

As legislações posteriores, também se ocuparam da finalidade pública de maneira mais desenvolvida e atualizada no contexto histórico com a denominação probidade administrativa, em virtude do art. 37, § 4º, da CF, propiciaram a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) e alterações posteriores, e, também, a Lei nº 12.846/2013, que visa disciplinar a responsabilidade das Pessoas Jurídicas pela prática de atos danosos contra a Administração Pública conhecida como Lei anticorrupção.

O fim buscado pela atividade administrativa deve ser sempre o de finalidade pública, aí entendido a realização das atribuições típicas da administração que visa

---

comum entre titulares dos dados diante da necessidade em assegurar previsibilidade à aplicação da base legal do legítimo interesse" (BIONI, Bruno*. Proteção de dados pessoais:* a função e os limites do consentimento. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 234).

[58] *Regulamento 2016/679,* do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. RGPD, Considerando nº 50: O tratamento de dados pessoais para outros fins que não aqueles para os quais os dados pessoais tenham sido inicialmente coletados apenas deverá ser autorizado se for compatível com as finalidades para as quais os dados pessoais tenham sido inicialmente coletados. (...) o contexto em que os dados pessoais foram recolhidos, em especial as expectativas razoáveis do titular dos dados quanto à sua posterior utilização, baseadas na sua relação com o responsável pelo tratamento; (...). Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?>. Acesso em: 04 ago. 2023.

[59] Sobre o desvirtuamento do público em razão da busca da satisfação do interesse privado, veja-se a explicação na sociologia brasileira principalmente nas obras de Raimundo Faoro (FAORO, Raimundo. *Os donos do poder:* formação do patronato brasileiro. vol. II, 15ª ed. São Paulo: Globo, 2000, Capítulo final: A viagem redonda: do patrimonialismo ao estamento. p. 731/747 e HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil.* São Paulo: Cia das Letras, 2006. Cap. V: O homem cordial. p. 152/222).

a concretização dos direitos fundamentais previstos na CF. O interesse da coletividade haverá de ser o norte e não a satisfação dos interesses privados dos gestores públicos ou de suas relações familiares, círculo de amigos ou rede de contatos, visando a satisfação de interesse próprios. Quando não é atendida a finalidade pública, trata-se de evidente desvio de finalidade, comprometendo a higidez do ato administrativo.

O Princípio da finalidade da coleta dos dados está presente, no âmbito internacional da normatização protetiva de dados pessoais, desde o Convênio 108/81. Neste estudo, deve-se agregar a finalidade pública.

Para o entendimento da persecução do interesse público, busca-se o conceito de interesse público que chega ao direito brasileiro por meio da doutrina italiana de Renato Alessi[60]. O autor distingue o interesse público primário (o interesse da coletividade) e o secundário (o modo pelo qual a administração visualiza o interesse público). Na maioria das vezes, primário e secundário são coincidentes, mas por vezes, podem se apartar, como na cobrança de impostos por parte da Administração Pública. Por vezes, os contribuintes não desejam a cobrança de novo tributo, ocasião em que sustentam ser cobrança indevida, e a Administração apregoa que o mesmo é cabível.

Pode, também, ser buscado um parâmetro interpretativo no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, trata-se de princípio implícito na CF, que visa a orientar os operadores jurídicos e a sociedade. Conceitua-se como:

> (..) princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição da existência. Assim não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem em manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio, ambiente (...)[61]

---

[60]ALESSI, Renato. *Sistema Instituzzionali del Diritto Italiano*. Milano: Giuffrè, 1960. p.197/198.
[61] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 85.

Assim, extrai-se que o princípio da supremacia do interesse público é um pressuposto lógico do convívio social. Se não houvesse uma pauta voltada ao coletivo, a partir de determinados pressupostos orientados à regulação da comunidade, construídas por meio de regras jurídicas consolidadas, com vetores que apontam a pressupostos éticos, o tecido social se desintegraria.

Frise-se que ao se enunciar público e privado não se desconhece a tendência moderna de superar a dicotomia clássica presente no Estado Liberal de público e privado, onde se tem a publicização do privado e a privatização do público[62].

Fernando Garrido Falla[63] já se ocupava da atividade administrativa de direito privado como sendo aquela decorrente da crise que se instaura quando o serviço público, não é mais somente aquele prestado pelo Estado, mas também passa a ser desempenhado por empresas privadas. Não existe mais a identificação do serviço público como aquele que é desempenhado exclusivamente pelo Poder Público.

A doutrina alemã cunhou a expressão "A fuga do direito administrativo" em direção ao direito privado[64], que surge após a segunda guerra mundial na Europa, devido à crise fiscal que faz com que o Estado tenha que agir com eficiência, submetendo-se a preceitos do direito privado.

O Considerando nº 156 se ocupa do tratamento dos dados pessoais para fins de interesse público apontando para o princípio da minimização dos dados [65]. Daí se pode propugnar que o poder público brasileiro colete o mínimo necessário de dados para buscar o interesse público na atividade que realiza.

---

[62] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org). *Direito Constitucional:* estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p.108-115.

[63] GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. vol. I. 12ªed. Madrid: Tecnos, 1994. p. 124.

[64] FLEINER FRITZ, *Institutionem des Verwaltungsrechts*. 8ªed., 1928. p. 326, *Apud*: MIR PUIGPELAT, Oriol. *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*. Madrid: Thomson Civitas, 2004. p. 158.

[65] *Regulamento 2016/679,* do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. RGPD, Considerando nº 156: O tratamento de dados pessoais para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, deverá ficar sujeito à garantia adequada dos direitos e liberdades do titular dos dados nos termos do presente regulamento. Essas garantias deverão assegurar a existência de medidas técnicas e organizativas que assegurem, nomeadamente, o princípio da minimização dos dados.(...) Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&qid=1641507736183&from=EN >. Acesso em: 04 ago. 2023.

O objetivo de executar as competências legais decorre dos dispositivos constantes dos poderes aos quais possuem competências previstas na legislação em sentido amplo, aí entendido também a Constituição. Competência aqui entendida como o círculo estabelecido por lei dentro do qual podem os agentes exercer legitimamente sua atividade. Funda-se na necessidade de divisão do trabalho, ou seja, na utilidade de distribuição da intensa quantidade de tarefas decorrentes de cada uma das funções básicas (legislativa, administrativa ou jurisdicional) entre os vários agentes do Estado.[66]

Cumprir as atribuições legais do serviço público[67], pode-se compreender como as tarefas necessárias para concretização dos direitos prestacionais, previstos constitucionalmente (que aqui devem ser compreendidos de maneira mais ampla). Atualmente, é sabida a dificuldade de conceituar juridicamente serviço público[68], pois esta noção acompanha o desenvolvimento do Estado[69].

Assim, pode-se concluir que o princípio da finalidade pública deve ser observado pela administração pública, quer se trate de pessoa jurídica de direito público ou privado, já que integrante dos quadros públicos. Porém, haverá observância mais contundente ao atendimento de finalidade pública, interesse público e competências legais, quando se tratar de pessoas jurídicas de direito público.

---

[66] CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, op. cit., p. 76/177.

[67] Atualmente, é sabida a dificuldade de conceituar juridicamente serviço público, pois esta noção acompanha o desenvolvimento do Estado. Assim, a noção francesa, no surgimento do serviço público como sendo aquele desempenhado diretamente pela autoridade pública. No Estado Social (Estado do Bem-Estar), tem-se o incremento de prestações levadas a cabo pelo poder público. No contexto atual, assiste-se o denominado Estado Econômico, com a tendência neoliberal, que fez com que muitos serviços prestados pela autoridade pública fossem desempenhados pela iniciativa privada, alargando a noção de serviço público. Neste sentido, veja-se a evolução da noção de responsabilidade civil extracontratual do Estado, quando menciona pessoa jurídica de direito privado que presta serviço público (art. 37, §6º, CF) e o surgimento das agências reguladoras, no direito brasileiro (art. 241, CF). Deste modo, Moreira Neto estatui que: "(...) é possível disciplinar dentro do qual o complexo Estado-sociedade nas sociedades industriais, busca imprimir uma ordem corretiva (intervenção) ou impulsiva (fomento) às atividades econômicas, tanto pela atuação dos órgãos do Estado, quanto pela atuação associada dos órgãos da sociedade ao estatuir os fundamentos econômicos da regulação" (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.71). A propósito *vide* GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade:* uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 6ªed. Revisada e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 234.

[68] CONRADO, Regis da Silva. *Serviços públicos à brasileira:* fundamentos jurídicos, definição e aplicação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 284.

[69] COUTO E SILVA, Almiro. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público 'à brasileira'. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 230, out./dez.2002. p. 45/74.

5. Da divulgação dos dados pessoais pela administração pública em sítios eletrônicos

A respeito do tratamento dos dados, a administração pública no exercício de suas competências, deve fornecer informações claras, preferencialmente nos sítios eletrônicos, resgatando a noção da transparência, prevista no art. 6º, VI, da LGPD.

Assim, o cidadão que teve seus dados coletados pela Administração Pública tem o direito de saber a respeito deste tratamento e fluxo de dados, de uma maneira clara e acessível, preferencialmente no sítio eletrônico da própria administração. Este direito do cidadão gera um dever por parte da Administração Pública, no sentido de disponibilizar este fluxo de dados.

A transparência[70] (art. 12, RGPD) faz referência a que toda a informação que se dirija ao interessado há de ser concisa, de fácil acesso e através de uma linguagem clara e simples. A própria diretiva estabelece uma obrigação expressa dos responsáveis para tornar efetivos os direitos exercitados por parte dos interessados.

Para o tratamento de dados deve a administração pública fazer indicação do encarregado [71] . Pode-se conceituar o encarregado como sendo o canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a ANPD, podendo ser Pessoa Física ou Pessoa Jurídica, nos termos do art. 41, da LGPD. Assim, tanto as pessoas jurídicas de direito público e privado tem de possuir um encarregado para fazer a gestão do tratamento de dados.

A responsabilidade principal recai sob a figura do controlador, tratando-se de administração direta no âmbito federal[72], a União assumirá o controle e como consequência terá a responsabilidade. Por vezes, ocorre a desconcentração, como

---

[70] PUYOL MONTERO, Javier. Transparencia de la información y derecho de acceso de los interessados em la nueva normativa de protección de datos. In: RALLO LOMBARTE, Artemi. *Tratado de Protección de Datos*. Valência: Tirant to Blanc, 2019. p. 275/312.

[71] Sobre o art. 41 da LGPD: "A imputação da necessidade de um encarregado principal por parte do controlador em face das atividades e ações relativas ao tratamento de dados busca garantir que as informações fiquem centralizadas e que o controlador se certifique de que a aplicação das normas receberá efetiva validação. Esse encarregado deve ser pessoa natural, mas pode ser uma pessoa contratada de equipe própria ou terceirizada" (PINHEIRO, Patrícia Peck. *Proteção de dados pessoais:* Comentários à Lei nº 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva Educação, 2018).

[72] Sendo que o mesmo raciocínio, aplica-se a cada uma das outras entidades federadas: estados-membros, distrito federal e municípios.

no caso dos Ministérios, sendo que aí poderão ocorrer responsabilizações.[73]Em caso de ação administrativa ou judicial, a proposição será contra a União, mas quem estiver a frente do Ministério e no tratamento de dados, poderá responder, também. Os artigos 42 a 45, da LGPD, que versam sobre a responsabilidade, não explicitam se será a título objetivo ou subjetivo. Deste modo, em se tratando de poder público, há de se buscar os balizadores constitucionais, a respeito da matéria. A responsabilidade da pessoa jurídica de direito público é objetiva, e a dos servidores públicos é subjetiva, considerando a responsabilidade por risco administrativo, prevista no artigo 37, parágrafo 6º, da CF.

Na administração pública indireta, cada uma das pessoas jurídicas de direito público ou privado, será o agente controlador e como tal terá a responsabilidade. O encarregado e o operador somente responderão se agirem em contrariedade às ordens do controlador ou em contrariedade com a lei, art.43, I e II, da LGPD, a contrário senso.

A ANPD deverá instituir as formas de publicidade, conforme art. 55, J, X, LGPD, regulamentado pelo art. 4º, III, "b" Anexo I, Decreto nº 10.474/2020, estatui que ao Conselho Diretor incumbe dispor sobre forma de publicidade das operações realizadas pelas pessoas jurídicas de direito público, ressalvado o segredo industrial e comercial. A alegação de segredo industrial e comercial não pode prejudicar o Princípio constitucional da publicidade e da transparência[74], como nos casos de renúncia tributária, do poder público em relação às empresas privadas, em que as contrapartidas teriam de ser demonstradas, a título exemplificativo.

A criação das figuras previstas pela LGPD (controlador, operador e encarregado) não dispensa as Pessoas Jurídicas mencionadas (administração direta e indireta) a instituir as autoridades de que trata os arts. 35 e 37, da LAI, qual sejam: a Comissão Mista de Reavaliação de informações e o Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República e o Núcleo de Segurança e

---

[73] *GUIA ORIENTATIVO PARA DEFINIÇÕES DOS AGENTES DE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS E DO ENCARREGADO.* Brasília/ DF, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/2021.05.27GuiaAgentesdeTratamento_Final.pdf. Acesso em: 04 ago. 2023.

[74] LIMBERGER, Têmis; TRONQUINI, L. F. M. *A transparência na concessão de incentivos tributários e a demonstração da renúncia de receita tributária:* realidade, perspectivas e possibilidades. Revista de Interesse Público, v. 120, p. 02/20, 2020.

Credenciamento.

Mais uma vez se evoca a interpretação sistemática, quando observa os prazos e procedimentos em legislação específica Habeas Data, previsto no art.5º, LXXII, da CF e disciplinado pela Lei nº 9.507/1997, cuja tendência é a maior utilização da garantia processual, em que se exige o esgotamento da via administrativa, antes do ingresso com o processo judicial. E, ainda, menciona a Lei do Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99) extraída a partir do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF). Visando estabelecer balizadores foi estatuída a Resolução CD/ANPD nº1[75], que disciplina o Processo de Fiscalização e do Procedimento Administrativo Sancionador, no âmbito da ANPD. Além, da já referida conexão da LAI com a LGPD.

Deste modo, o diálogo harmonioso com princípios constitucionais incidentes no caso, tem de ser observado na interpretação e aplicação da LGPD, como forma de garantir o incremento da cultura de proteção de dados no Brasil.

6. Considerações finais

Os países escandinavos da Europa possuem uma tradição longeva em termos de acesso à informação pública. Atualmente, o Regulamento CE 1049/2001, congrega as diretrizes sobre a matéria. Sendo que mais de cem países possuem legislação com esta temática. Neste contexto globalizado, o Brasil comemorou a primeira década de edição da LAI.

Por outro turno, o RGPD é fruto de uma evolução de cinco décadas e inspirou a LGPD. O regulamento europeu estatui o tratamento de dados de forma unívoca, sem distinguir arquivos de titularidade pública ou privada. Evoca somente conceitos como: finalidade e interesse públicos, autoridade pública e confidencialidade das autoridades nacionais. Já no Brasil, tem-se o desafio de implementar a cultura da proteção de dados, em uma realidade distinta da europeia.

A tensão entre público e privado é atualizado com a edição da lei protetiva dos dados frente ao acesso à informação pública, especialmente no art. 23, *caput*, da

[75] Publicada no DOU em 29/10/2021. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cd/anpd-n-1-de-28-de-outubro-de-2021-355817513. Acesso em: 04 ago. 2023.

LGPD, que remete ao parágrafo único art.1º, da LAI. Em uma primeira leitura, parece contraditório proteger os dados pessoais e determinar o acesso à informação pública, e, ainda, excluir as pessoas jurídicas de direito privado, da referida proteção.

Deve-se observar um tratamento básico de proteção de dados pessoais relativo aos princípios constantes na lei, independente de se tratar de pessoa jurídica de direito público ou privado, em virtude do art. 3º, da LGPD. As pessoas jurídicas de direito privado terão peculiaridades, em virtude da posição desenvolvida em regime concorrencial, considerando o art. 24, da LGPD e o art. 173, §1º, da CF.

O direito à proteção de dados pessoais não se constitui em uma prerrogativa absoluta, pois deve ser considerado em sua função na sociedade, daí considerada a informação pública em rede. Apontam-se alguns critérios: valoração caso a caso da possibilidade de publicação, atendendo-se aos princípios da finalidade e da legitimidade, a efetiva possibilidade de o titular exercer o direito de oposição e a utilização das novas tecnologias em prol da proteção dos direitos fundamentais.

Somente devem ser permitidos o tratamento de dados, pela administração pública, com finalidade distinta daquela acordada no momento da coleta, quando a nova finalidade seja compatível com a inicial, pois há de ser considerado a expectativa razoável do titular dos dados. Relativo ao conceito de atendimento da finalidade pública, trata-se de conceito clássico e deve ser observado o interesse da coletividade. Na persecução do interesse público, impõe-se a coleta do mínimo de dados para realização da atividade administrativa. Referente ao objetivo de executar as competências legais, entende-se como aquelas previstas na legislação em sentido amplo, aí também entendida a CF.

O art.23, *caput*, da LGPD deve ser interpretado de forma sistemática, buscando-se um diálogo harmonioso com o acesso à informação pública, já preconizado pelo art. 6º, incisos IV e VI, da LGPD. Neste sentido, destacam-se os importantes julgamentos efetuados pelo STF, em prol da transparência e da proteção de dados (ADPF nº 690/DF e ADI nº 6387), demonstrando que é possível conferir proteção constitucional a ambos, sem descuidar de um em detrimento do outro.

A respeito do tratamento dos dados, a administração pública, no exercício de suas competências deve fornecer informações claras, preferencialmente, nos sítios eletrônicos, resgatando-se a noção de transparência. O cidadão que tem os seus

dados coletados pela Administração Pública, tem o direito de saber a respeito do fluxo do tratamento de seus dados. Para isso, quando a administração trata os dados, deve indicar um controlador e encarregado, como mínimo, a fim de garantir a comunicação entre o usuário e a entidade pública. Além disso, a garantia constitucional do Habeas Data deve ser revigorada, visando o fornecimento de informações nos bancos de dados públicos.

A Revolução tecnológica demanda uma Administração Pública mais transparente e respeitosa com os direitos fundamentais e, especialmente, com a proteção dos dados pessoais e o acesso à informação pública, permitindo, assim, a harmonização da dicotomia.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. *Sistema Instituzzionali del Diritto Italiano*. Milano: A. Giuffrè, 1960.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BIONI, Bruno. *Proteção de dados pessoais:* a função e os limites do consentimento. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BLOG DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y TECNOLOGÍAS. Disponível em: https://www.cuatrecasas.com/es/spain/insights/propiedad-intelectual. Acesso em 04 ago. 2023.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 ago. 2023.

BRASIL. *Lei nº 12.527, Lei de Acesso à Informação,* de 18 de novembro de 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 04 ago. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.709,* de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 04 ago. 2023.

BRASIL. *Lei nº 14.129, Lei do Governo Digital*, de 29 de março de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14129.htm. Acesso em: 04 ago. 2023.

BRASIL. *Lei nº 26/2016*, de 22 de agosto de 2016. Regula o acesso à informação administrativa e ambiental. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2591&tabela=leis&ficha=1. Acesso em: 04 ago. 2023.

BRASIL. *Proposta de emenda à Constituição nº 17 de 2019.* Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594. Acesso em: 04 ago. 2023.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal (STF*), ARE 652777, TP, Rel. Teori Zavascki, j. 23/04/2015, DJe 01/07/2015.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal (STF*), RE 101.126/RJ, TP, Rel. Min. Moreira Alves, j. 24.10.1984, DJe 01.03.1985.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal (STF*), RE 219.900 AgR, T1, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 4.6.2004, DJ 16.08.2002.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal (STF*). Ação Direta de Inconstitucionalidade 6387. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=75435762>. Acesso em 04 ago. 2023.

CANARIS, Wilhelm Claus. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org). *Direito Constitucional:* estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA, 2016/C, 364/01. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 04 ago. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* 32ªed., São Paulo: Atlas, 2018.

Caso *Volker und Markus Schecke y Eifert*, TJUE, sentença de 9/11/2010. (PIÑAR MAÑAS [et al.]. *El derecho a a protección de datos em la jurisprudência del Tribunal de Justicia de la Unión Europeia*. Ed la Ley: Madrid, 2018. p. 29. (Acréscimo nas referências).

CASTELLS, Manuel. *Comunicación y Poder*. Alianza Editorial: Madrid, 2009.

CONRADO, Regis da Silva. *Serviços públicos à brasileira:* fundamentos jurídicos, definição e aplicação. São Paulo: Saraiva, 2013.

COUTO E SILVA, Almiro. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público 'à brasileira'. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, nº 230, out./dez.2002. p 45/74.

CGU. *Laboratório de Tecnologia da Informação e Mídias Educacionais.* Acesso a informação pública um direito de todos. Disponível em: https://www.labtime.ufg.br/site/#/. Acesso em 04 ago. 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 31ª ed. São Paulo: Forense, 2018.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da LGPD, In: MENDES, Laura [et al.] (org.). *Tratado de proteção de dados pessoais.* Rio de Janeiro: Forense, 2020.

IV Encuentro de Agencias Autonómicas de Protección de Datos, Vitoria, 23 y 24 de octubre de 2007. Disponível em:<https://www.avpd.euskadi.eus/s04-75/es/contenidos/evento/4_encuentro_apds/es_intro/programa.html>. Acesso em: 04 ago. 2023.

FAORO, Raimundo. *Os donos do poder:* formação do patronato brasileiro. vol. II, 15ª ed. São Paulo: Globo, 2000.

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *El derecho de acceso a los documentos administrativos*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

FLEINER FRITZ, *Institutionem des Verwaltungsrechts*. 8ªed., 1928. p. 326, *Apud*: MIR PUIGPELAT, Oriol. *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

FRANÇA. *Lei nº 78/753*, de 17 de julho de 1978. Dispõe sobre as diversas medidas para melhorar as relações entre a administração e o público e diversas disposições administrativas, sociais e fiscais. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000006068643/. Acesso em: 04 ago. 2023.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. I, 12ª ed., Madrid: Tecnos, 1994.

GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Dicctamen 3/99, relativo a Información del Sector Público y protección de datos personales, aprobado el 3/5/2003*.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade:* uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 6ªed. Revisada e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

GUIA ORIENTATIVO PARA DEFINIÇÕES DOS AGENTES DE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS E DO ENCARREGADO. Brasília/ DF, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/2021.05.27GuiaAgentesdeTratamento_Final.pdf. Acesso em: 04 ago. 2023.

GUICHOT, Emilio. *Datos personales y administración pública*. Navarra: Thomson & Civitas, 2005.

GUICHOT, Emilio. *Revista de Administración Pública nº 173* (mayo/agosto de 2007).

HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio. Transparencia en la información al interessado del tratamento de sus datos personales y en el ejercicio de sus derechos. In: PINÃR MAÑAS, José Luis. *Reglamento General de protección de datos:* hacia un nuevo modelo europeo de privacidade. Madrid: Reus, 2016.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil.* São Paulo: Cia das Letras, 2006.

JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration:le droit Internationale privé postmoderne. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, Haye, Nijhoff*, 1995, II.

KARPOV, Kleber. *Política Distrital. STF:* Partidos contestam atos que restringem publicidade dos dados relativos à Covid-19. 08/06/2020. Disponível em: < https://www.politicadistrital.com.br/2020/06/08/stf-partidos-contestam-atos-que-restringiram-publicidade-dos-dados-relativos-a-covid-19/>. Acesso em: 04 ago. 2023.

LEI DO REINO UNIDO THE FREEDOM OF INFORMATION ACT 2000 (FOIA). Disponível em: Https://ico.org.uk. Acesso em: 04 ago. 2023.

FRANÇA. *Lei nº 78/753*, de 17 de julho de 1978. Dispõe sobre as diversas medidas para melhorar as relações entre a administração e o público e diversas disposições administrativas, sociais e fiscais. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000006068643/. Acesso em: 04 ago. 2023.

LIMBERGER, Têmis, SANTANNA, Gustavo da Silva;. Administração Pública e(m) rede pós-pandemia: novos rumos. *Revista Interesse Público*, v. 24, p. 53-78, 2022.

LIMBERGER, Têmis; TRONQUINI, L. F. M. *A transparência na concessão de incentivos tributários e a demonstração da renúncia de receita tributária:* realidade, perspectivas e possibilidades. Revista de Interesse Público, v. 120, p. 02-20, 2020.

LIMBERGER, Têmis, *Cibertransparência:* informação pública em rede – a virtualidade e suas repercussões na realidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Direito Administrativo.* 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PIÑAR MAÑAS [et al.]. *El derecho a protección de datos em la jurisprudência del Tribunal de Justicia de la Unión Europeia*. Ed la Ley: Madrid, 2018.

PIÑAR MAÑAS, José Luis. *Administración Electrónica y Ciudadanos*. CIVITAS: Pamplona, 2011.

PIÑAR MAÑAS, Transparencia y protección de datos. Uma referencia de la Ley Española 19/2013 de transparência, acceso a la información y buen gobierno. In: SARLET, Ingo Wolfang [et al.] (coordenadores). *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal.* Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2016.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Proteção de dados pessoais:* Comentários à Lei nº 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PUENT ESCOBAR, Augustín. Principios y licitude del tratamento. In: RALLO LOMBARTE, Artemi. *Tratado de Protección de Datos*. Valência: Tirant to Blanc, 2019.

PUYOL MONTERO, Javier. Transparencia de la información y derecho de acceso de los interessados em la nueva normativa de protección de datos. In: RALLO LOMBARTE, Artemi. *Tratado de Protección de Datos*. Valência: Tirant to Blanc, 2019.

RAMS RAMOS, Leonor. Tratamiento y el acceso del público a los documentos oficiales. In: PINÃR MAÑAS, José Luis. *Reglamento General de protección de datos:* hacia un nuevo modelo europeo de privacidade. Madrid: Reus, 2016.

REDE INTERAGENCIAL DE INFORMAÇÕES PARA SAÚDE (RIPSA). Disponível em: http://www.ripsa.org.br. Acesso em: 04 ago. 2023.

REGULAMENTO (CE) nº 1049, de 30 de maio de 2001. Relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001R1049&from=en. Acesso em: 04 ago. 2023.

REGULAMENTO 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD).

Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&qid=1641507736183&from=EN >. Acesso em: 04 ago.2023.

RESOLUÇÃO CD/ANPD Nº1. Disciplina o Processo de Fiscalização e do Procedimento Administrativo Sancionador, no âmbito da ANPD. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cd/anpd-n-1-de-28-de-outubro-de-2021-355817513. Acesso em: 04 ago. 2023.

SARLET, Ingo. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dado. In: MENDES, Laura [et al.] (org.). *Tratado de proteção de dados pessoais.* Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SOLOVE, Daniel J. *The Digital Person.* Technology and Privacy in the Information Age, New York University Press, 2004.

TASSO, Fernando Antonio. Do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público. In: *LGPD Comentada*, Coordenadores Viviane Nóbrega Maldonado e Renato Ópice Blum, 3ªed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

VILLAVERDE MENÉZES, Ignácio. *Estado democrático e información:* El derecho a ser informado y La Constitución Española de 1978. Junta General del Principado de Asturias: Oviedo, 1994.

WIMMER, Miriam. O regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo poder público. In: MENDES, Laura [et al.] (org.). *Tratado de proteção de dados pessoais.* Rio de Janeiro: Forense, 2021.

32. JUSTIFICAÇÃO PÚBLICA[1]

https://doi.org/10.36592/9786554600668-32

Thadeu Weber[2]

INTRODUÇÃO

Quando o assunto é a determinação de princípios de justiça, o maior desafio é a sua justificação. "Como podem ser justificadas as normas – e quais são elas? " Com esta pergunta R. Forst introduz sua conhecida obra *Contextos da Justiça*. Ela é incorporada no presente capítulo como desafio ao problema da justificação. Em torno dela giram os grandes tratados sobre a justiça, mas também as grandes controvérsias da Filosofia Política Contemporânea. Todo debate gira em torno do tipo de justificação necessário para validar princípios de justiça. Em que se fundamenta a "autoridade normativa" de uma concepção de justiça? O recurso à lei divina ou à lei natural ainda tem validade? Como chegar a um consenso em torno de uma teoria de justiça?

É da justificação que depende a legitimidade das normas que orientam as relações jurídicas, políticas e sociais de uma comunidade política (cf. FORST, 2010, p. 19). Para isso, são as boas razões que convencem e não o simples argumento de autoridade. De uma concepção de razão instrumental e monológica passamos a uma ideia de razão argumentativa e dialógica. Para a fundamentação de normas, a única coerção válida num discurso universal é o do melhor argumento.

Ocorre que nossas relações e condutas não se regem somente por normas jurídicas e políticas, mas também por normas éticas. O tipo de justificação a que estão sujeitas não é a mesma para todas elas. A controvérsia entre liberais e comunitaristas gira basicamente em torno desse problema. Afinal, o justo tem

---

[1] Originalmente publicado na Revista RECHTD, V. 14, N. 02, 2022. UNISINOS. Revisado para esta edição.

[2] Doutor em Filosofia (UFRGS). Professor dos Programas de Pós-Graduação em Filosofia e em Direito (PUCRS).

primazia sobre uma concepção comunitária do bem ou é este que se sobrepõe aos direitos fundamentais individuais?

Forst, ao distinguir quatro contextos de justiça, evidencia diferentes contextos normativos e, portanto, diferentes formas de justificação. São estas que conferem a respectiva legitimidade. A justificação pública é própria dos contextos jurídico, político e moral. Como o contexto ético é constituído por distintas concepções do bem das diferentes comunidades éticas é tão somente para estas que a justificação é válida. Ou seja, ela é pública para essas comunidades, mas não para os demais contextos.

O assunto é amplo e requer uma maior delimitação. O propósito aqui é tratar da justificação pública dentro de uma determinada teoria da justiça: a concepção política de justiça de J. Rawls. O assunto está diretamente relacionado ao equilíbrio reflexivo, ao consenso sobreposto e à razão pública. O intuito é explicitar essa relação e mostrar que as reformulações de *Uma Teoria da Justiça* efetuadas pelo filósofo americano foram decisivas para a devida justificação.

1.UMA CONCEPÇÃO POLÍTICA DE JUSTIÇA[3]

Nas reformulações de *Uma Teoria da Justiça,* Rawls não se cansa de repetir que sua teoria da justiça como equidade deve ser entendida como uma concepção política e pública de justiça e não como uma doutrina moral abrangente, tese que, segundo ele próprio, não ficou clara naquela obra. *O Liberalismo Político* é uma demonstração incontestável dessa tese. Uma questão central é constantemente retomada: Considerando o pluralismo razoável, qual é a concepção de justiça mais apropriada para orientar nossas principais instituições políticas e sociais? Já nas primeiras páginas do *Liberalismo Político* encontramos esse problema na seguinte formulação: "como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais, mas que permanecem profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis" (RAWLS, 2000, p. 45). Essa

[3] Esse tópico sobre a concepção política de justiça em Rawls foi parcialmente desenvolvido no livro *Filosofia do Direito: teorias modernas e contemporâneas da justiça,* no capítulo, de minha autoria, "Uma concepção política de justiça: J. Rawls". Thadeu Weber e Jardel de Carvalho Costa (orgs.). Acréscimos e reformulações, no entanto, foram feitas.

questão é norteadora de todo desenvolvimento da teoria da justiça como equidade, sobretudo nas reformulações elaboradas pelo autor. A ideia de uma sociedade bem-ordenada precisaria ser mais realista.

O que efetivamente se quer saber é qual a concepção de justiça mais adequada para especificar os termos equitativos da cooperação social entre cidadãos livres e iguais? Que tipo de consenso é desejado? Que tipo de argumentos o justificam? O intuito é mostrar a importância dessa restrição da concepção de justiça ao domínio do político, para que possa ser publicamente justificada e endossada.

Para se vislumbrar um acordo em assuntos políticos, é de fundamental importância a distinção entre uma concepção política de justiça e as doutrinas morais abrangentes. A justificação pública refere-se à primeira e diz respeito ao fundamento comum possibilitado pelos princípios políticos de justiça, algo praticamente impossível quando se trata de doutrinas éticas abrangentes, a não ser que elas atendam os critérios da reciprocidade e da universalidade.

O que caracteriza propriamente essa concepção política de justiça nos termos rawlsianos? Que características deve ter uma concepção de justiça para torná-la política e pública? Três aspectos merecem ser considerados: 1. Ela diz respeito, tão somente, à estrutura básica de uma sociedade democrática (um regime democrático constitucional), isto é, refere-se às principais instituições políticas, sociais e econômicas de uma sociedade e não à vida como um todo. A principal referência é a Constituição. Estamos falando de um Estado Constitucional. Com isso, pode-se observar que a concepção política de justiça tem um alcance mais restrito do que as doutrinas éticas abrangentes como, por exemplo, o utilitarismo. Estamos falando de justiça política. Dizer que uma concepção de justiça é política significa dizer que ela é elaborada para "a estrutura básica de um regime democrático constitucional" (RAWLS, 2000, p. 221). Tem, portanto, um objeto bem específico.

2. Ela se apresenta como uma "visão autossustentada". Ela não deriva de uma doutrina abrangente (religiosa, filosófica ou moral). Aceitar uma concepção política não significa que se deva aceitar uma doutrina moral ou religiosa em particular (cf. RAWLS, 2000, p. 221 e 2003 p. 37). Uma concepção política de justiça é uma concepção razoável para a estrutura básica. Ela difere de doutrinas éticas porque

estas são, via de regra, visões gerais e abrangentes, tal como o utilitarismo e a própria filosofia moral de Kant (cf. RAWLS, 2000, p. 55). Visar somente à estrutura básica da sociedade significa que envolve apenas as principais instituições políticas e sociais e não tem nenhum compromisso com determinada concepção do bem. Ela se sustenta por si mesma; é endossável pelas doutrinas abrangentes e razoáveis, mas não depende de nenhuma delas. A concepção política pode ser compartilhada por todos os cidadãos livres e iguais, independentemente de suas convicções religiosas e morais. Quando nos referimos à sociedade bem-ordenada e a descrevemos como sendo aquela em que todos aceitam a mesma concepção de justiça, estamos também nos referindo a mesma concepção política de justiça, isto é, aos mesmos princípios de justiça política (cf. RAWLS, 2003, p. 11). Essa restrição da concepção de justiça ao domínio do político torna a noção de sociedade bem-ordenada mais realista, constatação feita pelo próprio autor. São os valores políticos que se aplicam à estrutura básica da sociedade. São, pois, publicamente justificáveis. Outros valores ficam para o projeto de vida pessoal dos cidadãos.

3. O conteúdo de uma concepção política de justiça "é expresso por meio de certas ideias fundamentais, vistas como implícitas na cultura pública de uma sociedade democrática" (RAWLS, 2000, p. 56). A formulação de uma concepção política de justiça não é feita em vista de alguma doutrina abrangente específica (cf. RAWLS, 2000, p. 222 e 273). Nesse sentido, pode-se dizer que a sociedade política é fechada. Não entramos ou saímos dela por vontade própria. Já nascemos dentro dela. A sociedade política não é uma associação. Esta é voluntária, aquela não. Além disso, o "pessoal e o familiar" são afetivos e o político não. As doutrinas religiosas, éticas e filosóficas constituem a "cultura do social", da vida cotidiana e suas associações, tal como as igrejas, universidades, clubes, etc, mas não do político (RAWLS, 2000 p. 56 e 2003, p. 14). Este somente diz respeito aos valores políticos, expressos pelos princípios de justiça publicamente reconhecidos e, como tais, justificáveis, também publicamente.

A concepção política de justiça é, portanto, mais restritiva no sentido de referir-se às "principais instituições da vida política e social" e não "à vida como um

todo" (RAWLS, 2000, p. 222).[4] Não há "consenso sobreposto" possível sem essa restrição e mesmo assim Rawls reconhece a dificuldade desse consenso. Com isso, fica também evidenciada a prioridade do justo sobre o bem, uma das teses centrais do autor. Significa que as ideias do bem são aceitáveis, desde que a sua realização esteja em conformidade com os princípios de justiça. Ou seja, o desenvolvimento das ideias do bem deve respeitar os limites da concepção política e pública da justiça. A restrição das ideias do bem em relação ao justo é que elas devem ser ideias políticas, isto é, devem poder ser compartilhadas por todos os cidadãos livres e iguais. A justificativa da desobediência a uma lei injusta deve, dessa forma, pautar-se em princípios políticos e não em razões de ordem ética e/ou religiosa. Essas razões podem ser arroladas para justificar uma objeção de consciência. Portanto, a desobediência civil pressupõe o reconhecimento de uma concepção pública e política de justiça e a legitimidade de uma Constituição. É em nome dessa concepção que ela é exercida.[5]Isso nos dá um claro indicativo da estreita vinculação entre os princípios políticos de justiça e a justificação pública. Esta não seria possível se a justiça como equidade fosse entendida como teoria ética abrangente.

É oportuno salientar que o objetivo dessa concepção política de justiça é conquistar o apoio de um "consenso sobreposto", mesmo que nunca atingível plenamente. Se aquela concepção não se vincula a nenhuma doutrina filosófica, religiosa ou moral específica, é porque abrange todas as doutrinas religiosas, morais e filosóficas ou pode ser endossada por elas. A noção de "consenso sobreposto" visa tornar mais realista a ideia de sociedade bem-ordenada. Os cidadãos afirmam ou podem afirmar a mesma concepção de justiça, não pelas mesmas razões. Eles têm opiniões religiosas, filosóficas e éticas diferentes e até mesmo conflitantes. Essa diversidade de opiniões e valores, que é própria de uma sociedade democrática, não impede que a concepção política de justiça seja um ponto de vista comum a partir do qual os elementos constitucionais essenciais sejam regulados (cf. RAWLS, 2003, p. 45). "Cidadãos democráticos que defendem diferentes doutrinas abrangentes

---

[4] A Filosofia Moral kantiana é um exemplo de doutrina moral abrangente que se aplica a tudo na vida. Para isso basta ler a *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, nas formulações do imperativo categórico.

[5] Sobre os temas da desobediência civil e da objeção de consciência, ver Weber, Thadeu e Araújo lima, Andrei. A justiça e o problema da obediência à lei injusta. VERITAS, Porto Alegre, vol. 65, nº 03, 2020.

podem-se pôr de acordo sobre concepções políticas de justiça" (RAWLS, 2003, p. 13). Esse acordo, ou "consenso sobreposto" gira, basicamente, em torno da igualdade política, da igualdade de oportunidades, do respeito mútuo e da garantia de reciprocidade econômica (cf. RAWLS, 2000, p. 7 e 185).[6] Esses são valores políticos, expressos pelos princípios de justiça para a estrutura básica. Numa sociedade bem-ordenada, a concepção política de justiça é afirmada por um "consenso sobreposto razoável". É, por isso, resultado de um "procedimento de construção" (RAWLS, 2000, p. 28), ou seja, o conteúdo dessa concepção política de justiça é objeto de construção e não de um ordenamento apriorístico da razão. Da ideia de uma razão instrumental passamos à ideia de uma razão discursiva.

Além da concepção de justiça ser política, ela é liberal. Isso significa que ela especifica e protege os direitos e liberdades fundamentais, conforme apresentados na lista,[7] e lhes atribui uma "prioridade especial". Além disso, "inclui medidas para assegurar que todos os cidadãos tenham meios materiais suficientes para fazer uso efetivo desses direitos fundamentais" (RAWLS, 2000 p. 203 e 273). Esse aspecto está implícito no primeiro princípio de justiça, na medida em que pressupõe a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, para que possam exercer os direitos e liberdades fundamentais. A ênfase do caráter liberal está, portanto, na priorização dos direitos e liberdades fundamentais sobre o "princípio da igualdade equitativa de oportunidades" e o princípio da diferença (justiça distributiva). As questões que provocam maior divergência são retiradas da "agenda política", dentro de uma perspectiva liberal. Essa priorização dos direitos fundamentais sobre as concepções do bem é um aspecto decisivo na justificação pública. Como compartilhar uma concepção de vida boa? Dada a sua abrangência, é tarefa impossível e certamente nem necessária. As concepções de bem podem ficar para o projeto de vida pessoal. Não precisam ser compartilhadas. Não podem, no entanto, na sua concretização, criar conflito com os princípios da justiça.

O caráter liberal da concepção política de justiça está, principalmente, no fato de estabelecer essa prioridade de que gozam os direitos e liberdades fundamentais

---

[6] A vinculação entre consenso sobreposto e justificação pública será retomada em seguida.
[7] A lista dos direitos e liberdades básicos é apresentada em *Uma Teoria da Justiça*, p. 65; *Justiça como Equidade: uma reformulação*, p. 62.

em relação às "exigências do bem geral". Não se pode falar em oportunidades iguais ou de que a distribuição de renda e riqueza deve beneficiar os menos favorecidos, sem antes assegurar os direitos e liberdades fundamentais. Mas isso, por sua vez, pressupõe incluir a satisfação das necessidades básicas materiais, o chamado mínimo social. Dentro do segundo princípio de justiça, o princípio da diferença, enquanto princípio de justiça distributiva, está subordinado ao princípio da igualdade equitativa de oportunidades. Isso é da essência do liberalismo político defendido por J. Rawls e o distingue claramente do comunitarismo. Prioridades e hierarquias precisam ser estabelecidas, com o intuito de administrar conflitos.

A dificuldade de um acordo sobre todas as questões políticas é, obviamente, notória. Rawls reiteradamente insiste em que o realmente "urgente" é um "consenso" sobre os "elementos constitucionais essenciais" (RAWLS, 2003, p. 39 e 2000, p. 277) e não sobre todos os valores políticos e muito menos sobre uma determinada concepção de bem. Eles são de dois tipos: A) "os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político: as prerrogativas do legislativo, do executivo e do judiciário; o alcance da regra da maioria". Nesse caso é essencial o estabelecimento de um governo presidencialista ou parlamentarista. Isso é essencial para uma Constituição democrática. B) "os direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar". Cite-se aqui o direito ao voto, a liberdade de consciência e de pensamento, a liberdade de associação etc. Nos regimes livres há poucas variações quanto a essa lista. Eles representam a concretização do princípio da dignidade humana e expressam seu conteúdo.

Além desses existem muitos outros valores políticos, mas que não constituem elementos constitucionais essenciais e nem são objeto da razão pública, mas que podem ser objeto de justificação pública. A ênfase, no entanto, é nos valores essenciais para uma Constituição democrática.

Ora, Rawls deixa muito claro, sobretudo no *Liberalismo Político*, que "somente uma concepção política de justiça, da qual se possa razoavelmente esperar que todos os cidadãos endossem, pode servir de base à razão e à justificação públicas" (RAWLS, 2000, p. 183). A restrição ao domínio do político dá à justiça como equidade a possibilidade desse tipo de justificação e lhe permite concorrer com outras

concepções de justiça em condições de vantagem. A sua aplicação refere-se tão somente à estrutura básica da sociedade. Valores éticos e valores religiosos, por exemplo, envolvem distintas concepções de bem e, como tais, dificilmente são justificáveis publicamente e nem é essa a pretensão.

2. O QUE É JUSTIFICAÇÃO PÚBLICA?

Especificamente em Rawls, a justificação pública pressupõe a ideia de uma concepção política de justiça. Ora, uma sociedade bem-ordenada é aquela efetivamente regulada por essa concepção de justiça publicamente reconhecida. Ou seja, uma sociedade bem-ordenada é aquela em que todos aceitam os mesmos princípios de justiça e orientam suas principais instituições de acordo com eles (RAWLS, 2003, p. 37). Mas é preciso insistir: para que esse aceite fosse possível era necessário delimitar e explicitar melhor a concepção de justiça. Seria pouco realista se fosse entendida como uma doutrina ética abrangente. Era fundamental, então, que ela fosse situada no domínio do político.[8]

Assim, na medida em que esses princípios são reconhecidos por todos, eles fornecem uma "base comum a partir da qual os cidadãos justificam, uns para os outros, seus juízos políticos" (RAWLS, 2003, p. 38). Uma concepção política de justiça, e não uma doutrina ética, filosófica ou religiosa, é capaz de fornecer esse "ponto de vista aceitável para todos", a partir do qual os cidadãos podem encaminhar suas exigências às principais instituições da sociedade (RAWLS, 2003, p. 38). O fundamental é que a concepção política de justiça de uma sociedade bem-ordenada estabeleça "uma base comum a partir da qual os cidadãos justificam, uns para os outros, seus juízos políticos" (RAWLS, 2003, p. 38). Esse é o sentido da justificação pública. É em nome de princípios publicamente reconhecidos e endossáveis que a justificação ocorre.[9] As reivindicações políticas precisam ser feitas a partir de um fundamento comum. Esse fundamento comum é o domínio do político, orientado para a estrutura básica da sociedade e constituído pelos elementos constitucionais

---

[8] Esse propósito norteou todas as reformulações e acréscimos de *Uma Teoria da Justiça* e expressas principalmente em *O Liberalismo Político*.

[9] Interessante destacar que o "Direito dos Povos" de Rawls também parte da "necessidade de afinidades comuns", apesar da mistura de grupos com culturas diferentes (Rawls, 2004, p. 32).

essenciais. Caso contrário, não é possível viabilizá-las. Além do mais, é preciso saber distinguir o que é essencial do ponto de vista de uma sociedade cooperativa e o que fica para o plano individual dos cidadãos, de acordo com suas concepções de vida boa. As concepções éticas envolvem distintas concepções de bem, dificilmente universalizáveis. Envolvem os projetos de vida pessoais dos cidadãos. Logo, não podem ser objeto de recurso para justificar valores políticos, mas podem conviver harmonicamente. O argumento da reciprocidade requer reconhecimento recíproco. Daí resulta a legitimidade e, também, a sua razoabilidade.

R. Forst, ao discutir a pretensão de neutralidade ética do Direito liberal, dedica-se expressamente à distinção de valores éticos e valores políticos. O tipo de justificação é determinante. Se "valores éticos controversos não podem ser o fundamento para normas universais", exige-se um tipo específico de justificação para estas normas (FORST, 2010, p. 52). O autor adota o conceito de justificação pública de T. Nagel, expresso em dois argumentos: o da reciprocidade e o da universalidade. "O argumento da reciprocidade insiste que é imoral forçar alguém a compartilhar um fim sobre o qual não está convencido, mesmo quando a pessoa que exerce a coerção esteja convicta de que isso seria vantajoso para o outro" (FORST, 2010, p. 52). E quanto à universalidade, escreve: "Tal argumento pretende mostrar que é ilegítimo recorrer à *verdade* de uma concepção ética para justificar a coerção jurídica" (FORST, 2010, p. 53). Esses dois argumentos são o critério da justificação pública. O que não passa por eles não tem validade para todos. A justificação da coerção jurídica se dá a partir de leis e princípios jurídicos e morais. Em outras palavras, normas e princípios válidos para todos precisam ser justificados universalmente, o que não ocorre com as distintas concepções de vida boa.[10] A justificação moral, por exemplo, implica em "fornecer razões que podem ser sustentadas por *cada* pessoa moral, e isso significa *por todas* elas" (FORST, 2010, p. 231). Fica claro, portanto, que diferentes contextos de justiça implicam em diferentes contextos de justificação.

---

[10] No livro Contextos da Justiça, Rainer Forst desenvolve amplamente o critério da justificação pública. O capítulo quarto sobre "universalismo e contextualismo" é particularmente sugestivo para isso.

Na distinção dos quatro contextos de justiça, o ético, o jurídico, o político e o moral, a pretensão de Forst é exatamente mostrar que a "justificação das normas que devem valer para todos deve ser pública, o que significa que se deve estar em condição de tornar acessíveis suas razões ao discurso público" (FORST, 2010, p. 53).[11] Essa é a característica das normas jurídicas, políticas e morais, mas não das normas éticas. Estas são públicas na medida em que valem para as respectivas comunidades éticas, mas podem não valer para outras comunidades. Se tiverem tal pretensão terão que atender a justificação pública, isto é, a reciprocidade e a universalidade. Precisam ser compartilháveis.[12]

Ora, a restrição da concepção de justiça ao domínio do político, em Rawls, visa rigorosamente possibilitar e atender a essa prerrogativa. É por isso que ela não pode depender de nenhuma doutrina ética abrangente. Ela tem auto sustentabilidade. O que lhe dá estabilidade é o possível endosso das doutrinas éticas abrangentes, ainda que por razões diversas. Uma teoria da justiça somente terá aceitabilidade se ela se pautar em princípios bem-ponderados e passíveis de atenderem a reciprocidade e a universalidade. A justificação pública está diretamente ligada ao consenso. Requer que premissas comuns das partes em desacordo sejam endossáveis e compartilháveis. Isso significa que devem ser publicamente justificáveis. Importante destacar que a concepção política de justiça, referida pelo liberalismo político, se apresenta não como correta, mas como razoável, ou como a mais razoável entre o conjunto das teorias concorrentes. Como já enfatizado, ela se refere tão somente aos valores políticos que são a base pública de justificação. Ela é razoável, segundo Rawls, a mais razoável entre as teorias razoáveis concorrentes, exatamente por se restringir ao domínio do político.

É oportuno destacar que a justificação, na perspectiva rawlsiana, se dirige aos que discordam de nós ou nos fazem algum tipo de oposição (cf. RAWLS, 1997, p. 646). Não haveria necessidade de justificação se não existissem "conflitos de

---

[11] Sobre a distinção entre ética e moral e a própria justificação da justiça é oportuna a elucidação de Forst em *Das Recht auf Rechtfertigung*, sobretudo p. 100 ss.

[12] Sobre a teoria da justificação normativa em Forst, ver GUEDES, Francisco Jozivan, A Teoria da justiça em Rainer Forst: crítica como justificação normativa. IN: Filosofia do Direito: teorias modernas e contemporâneas da justiça. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021. (Thadeu Weber e Jardel Costa – organizadores).

julgamento" no referente às questões de justiça política (RAWLS, 2003, p. 38). O que a justificação tem em vista é a demonstração da razoabilidade dos princípios a serem adotados como base para os juízos políticos. Se a concepção política estabelece uma "base comum" para os cidadãos é porque o intuito é convencer a todos de sua razoabilidade e não de sua veracidade. A justificação parte dessa base comum que, na prática, são os elementos constitucionais essenciais. Escreve Rawls, em *Teoria*: "Idealmente, justificar uma concepção de justiça perante alguém é oferecer-lhe a prova de seus princípios a partir de premissas que ambos aceitamos, tendo esses princípios, por sua vez, consequências que correspondem aos nossos juízos ponderados" (RAWLS, 1997, p. 647). Trata-se do critério de reciprocidade claramente atendido. Ocorre que uma prova, por si só, não é uma justificativa. "As provas tornam-se justificativas a partir do momento em que os pontos de partida são mutuamente reconhecidos" (RAWLS, 1997, p. 647). Essa é uma das principais razões para as reformulações efetuadas por Rawls de sua teoria da justiça. Somente uma concepção política de justiça torna possível um acordo e, pois, possibilita a justificação pública. É a partir de seus princípios que os cidadãos podem justificar seus juízos políticos uns para os outros, precisamente porque seus princípios e valores são compartilháveis. Isso pode levar os discordantes a endossar esses princípios, ainda que por razões diversas. Admite-se sua razoabilidade, embora não se insista na sua veracidade.

Saliente-se, em tudo isso, a importância da publicidade dos princípios de justiça. Essa é, aliás, uma das "restrições formais ao conceito do justo" (RAWLS, 1997, p. 140). O que está em jogo é uma concepção comum de justiça. O conhecimento público é condição de sua validade e legitimidade. "A publicidade permite que cada um justifique a sua conduta perante todos os outros (quando sua conduta é justificável) sem frustrações ou quaisquer outras consequências perturbadoras" (RAWLS, 1997, p. 649). Ela ajuda a estabelecer uma sociedade bem-organizada em torno de uma "atividade unificada". Todos sabem que também os outros sabem e seguem os mesmos princípios de justiça. O que não é público não é compartilhável, uma vez que não é objeto de discurso público. A autonomia política, como se pode ver, está diretamente ligada à publicidade. Em *O Liberalismo Político* Rawls insiste na necessidade de "satisfazer a condição de publicidade plena" para

que possa haver "autonomia plena" para os cidadãos em geral (RAWLS, 2000, p. 123). "Somente quando justificação e explanação plenas da justiça como equidade existem publicamente é que os cidadãos podem chegar a entender seus princípios de acordo com a ideia da sociedade enquanto sistema equitativo de cooperação" (RAWLS, 2000, p. 123).

A justificação pública, portanto, é pautada na publicidade, isto é, em argumentos que se caracterizam pela universalidade e pela reciprocidade. "Quando depois de bem-ponderadas, as premissas e conclusões não são aceitáveis para todas as partes em desacordo, um argumento válido é insuficiente para a justificação pública" (RAWLS, 2003, p. 38). O sucesso de uma teoria da justiça, e essa é a pretensão de Rawls com sua justiça como equidade, depende de sua aceitabilidade para *nossas* "convicções bem-ponderadas" e para as dos outros que discordam de nós, mas que podem endossar os princípios, dada sua razoabilidade e conhecimento público.

Vale registar que Rawls reconhece a dificuldade de um acordo em torno de todas as questões políticas. Isso justifica a necessidade da restrição, como referido, aos "elementos constitucionais essenciais" (RAWLS, 2003, p. 39; 2000, p. 277). Segundo o autor, pelos menos esses elementos deveriam ser objeto de um consenso. Nas palavras dele "é mais urgente" o consenso sobre esses pontos. Eles são, certamente, o objeto primeiro da justificação pública. É claro que existem valores políticos que não são elementos constitucionais essenciais, mas são objeto de justificação pública.[13] Como o intuito é mostrar a relação entre a concepção política de justiça e a justificação pública, reservamos esta prioritariamente aos elementos constitucionais essenciais.

3. JUSTIFICAÇÃO PÚBLICA E EQUILÍBRIO REFLEXIVO

Falamos em juízos políticos e em acordo. Com a relação entre justificação pública e equilíbrio reflexivo Rawls quer mostrar que a justificação pública "não é mero acordo" (RAWLS, 2003, p. 40).

---

[13] A legislação fiscal e algumas leis que regulam a propriedade podem ser citadas como exemplos (cf. Rawls, 2000, p. 263).

Juízos refletidos são juízos bem-ponderados. Posições contrárias são rigorosamente consideradas mediante o exame das razões apresentadas. A ponderação é uma capacidade de comparar alternativas e avaliá-las de acordo com as nossas convicções refletidas. O que importa aqui são os juízos refletidos em termos de justiça política e não em torno de determinadas concepções de bem ou de vida boa. Eles são realizados dentro das condições em que "nossa capacidade de julgamento pôde ser plenamente exercida e não foi afetada por influências distorcidas" (RAWLS, 2003, p. 41). O "véu da ignorância" exerce um papel metodológico importante. Gera uma imparcialidade na construção de princípios passíveis de universalização. "Juízos refletidos são aqueles proferidos quando as condições são favoráveis ao exercício de nossas faculdades da razão e senso de justiça: ou seja, sob condições em que parecemos ter a capacidade, a oportunidade e o desejo de fazer um julgamento correto" (RAWLS, 2003, p. 41). Justificação pública não é, pois, um simples acordo. Existem muitos acordos sem a devida ponderação. Julgamentos corretos tomam conhecimento das alternativas e pesam seus argumentos sem preconceitos. Na interpretação de leis e princípios, as virtudes judiciais, por exemplo, incluem a imparcialidade e a prudência, indispensáveis para a emissão de "juízos bem-ponderados". Juízes e árbitros, por excelência, precisam desenvolver essas habilidades.

Quando o assunto é concepções de justiça, temos que admitir que divergências são absolutamente normais e bem-vindas. As oposições fomentam o esclarecimento. Elas exigem boas razões. Afinal, estamos tratando de uma sociedade democrática. Aliás, as divergências não se referem somente aos outros, mas também à nós mesmos. Achar que os próprios juízos são sempre verdadeiros indica falta de capacidade argumentativa e uma certa dose de dogmatismo.[14] O fato é que emitimos juízos contraditórios. O apelo à coerência é o mais razoável.

O equilíbrio somente é atingido quando diferentes concepções de justiça são examinadas e a força de seus argumentos é rigorosamente ponderada. A multiplicidade de concepções de justiça faz parte do pluralismo razoável de uma

---

[14] Ao termo dogmatismo é dado um sentido kantiano, sobretudo o do Prefácio da *Crítica da Razão Pura*, como significando uma razão sem crítica (cf. KANT, 1986, Prefácio). Esse sentido se alinha bem ao que se pretende aqui dizer. O dogmatismo, muitas vezes, conduz ao fanatismo.

sociedade democrática. O equilíbrio reflexivo é atingido quando alguém considerou essas concepções de nossa tradição filosófica e avaliou os argumentos que as sustentam. O resultado disso é uma concepção de justiça razoável, sem a pretensão de ser verdadeira. A consideração dos argumentos opostos ou de argumentos que tentam falsear nossas hipóteses, aumenta, nas palavras de Popper, o "grau de corroboração" de nossas teorias (POPPER, 1975, p. 28). Teorias que resistem às boas razões são razoáveis. Teorias que suportam severos testes de falsificação são, no mínimo, boas teorias. De uma função instrumental, a razão passou a ter uma função argumentativa. Ela perdeu seu caráter de ditar as normas; de ser fonte de autoridade para elas. Ela deve ser entendida como capacidade de fornecer "boas razões" para as normas (cf. FORST, 2010, p. 107). São as boas razões que importam e, se consideradas, conduzem a um equilíbrio. A concepção política de justiça possibilita um fundamento comum a partir do qual os juízos bem-ponderados podem ser emitidos.

É exatamente isso que Rawls pensou ter feito. Considerou várias concepções de justiça, principalmente a mais em voga no seu contexto histórico, o utilitarismo. Pesou a força das razões que o sustentam e chegou a um equilíbrio: A justiça como equidade, entre as concepções de justiça encontráveis na tradição da Filosofia Política, é a mais razoável e a mais coerente. A sua restrição ao domínio do político lhe assegura a possibilidade de uma justificação pública. Torna o conceito de sociedade bem-ordenada mais realista, o que era seu objetivo. Ela é a mais razoável porque é a que "melhor se ajusta às nossas convicções refletidas e as organiza numa visão coerente" (RAWLS, 2003, p. 44). Dessa forma, está lançada a base da justificação pública. Pode-se observar que três ideias andam em paralelo: o equilíbrio reflexivo, a justificação pública e a coerência (entre as convicções refletidas). Juízos refletidos e bem-ponderados trazem em si a marca da coerência. Essa é a base da justificação pública.

Mas por que os valores políticos se prestam mais à justificação pública do que outros valores? Em outras palavras: por que os valores políticos superam outros valores em caso de um possível conflito? A resposta de Rawls é categórica: Porque eles "governam a estrutura básica da vida social" (RAWLS, 2000, p. 184); são os que especificam os termos essenciais da cooperação social e não se referem à vida como

um todo. Daí o vínculo estreito entre justificação pública e equilíbrio reflexivo. Este chega naturalmente à concepção política de justiça. Estão em jogo, conforme referido, os elementos constitucionais essenciais. Eles são publicamente justificáveis. Atendem a reciprocidade e a universalidade. As razões em favor deles são bem-ponderadas. O reconhecimento dos mesmos princípios de justiça faz com que a mesma concepção de justiça seja afirmada pelos juízos refletidos de todos. A justiça como equidade, enquanto concepção política razoável, pretende ser aquela que "melhor se ajusta a todas as nossas convicções refletidas e as organiza numa visão coerente" (RAWLS, 2003, p. 44).

4. JUSTIFICAÇÃO PÚBLICA E CONSENSO SOBREPOSTO

O tema do consenso é constantemente retomado por Rawls e sua importância é destacada enquanto pretensão de ser uma alternativa ao utilitarismo. Não se trata de entrar no detalhamento desse assunto, mas apenas evidenciar sua estreita relação com a justificação pública.

Ficou evidenciado que o conceito de sociedade bem-ordenada se torna mais realista quando orientado por uma concepção política de justiça. Embora essa concepção deva ser a mesma para todos, não precisa ser afirmada pelas mesmas razões. Os cidadãos têm interesses diferentes e as razões que os levam a entrar em acordo e estabelecer contratos também são as mais distintas. Mas isso não impede que a concepção política de justiça indique um "ponto de vista comum" a partir do qual os cidadãos resolvam seus conflitos e interesses. É preciso insistir que do ponto de vista da justiça política o importante são os "elementos constitucionais essenciais", conforme especificado. Isso não pode ser feito a partir de doutrinas éticas abrangentes. Não haverá concordância sobre nenhuma delas. No entanto, a partir de suas razões, elas podem endossar a mesma concepção política de justiça. É isso que Rawls chama de "consenso sobreposto razoável". Escreve: "Dizemos que numa sociedade bem-ordenada, a concepção política é afirmada por aquilo que denominamos um consenso sobreposto razoável" (RAWLS, 2003, p. 45). A concepção política de justiça cria uma estabilidade a partir desse endosso das doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis. Mas esse endosso somente é

possível quando elementos constitucionais realmente essenciais estão em jogo, uma vez que esses são de interesse comum. Defini-los, portanto, é imprescindível.

Com a justiça como equidade, Rawls pensa ter atingido esse acordo, dentro de um pluralismo razoável. Ou seja, as características dessa concepção de justiça ajudam a que obtenha o apoio de um consenso das diferentes doutrinas. Essas características, como já foi referido, podem ser resumidas no que segue: "Suas exigências limitam-se à estrutura básica da sociedade, sua aceitação não pressupõe nenhuma teoria abrangente específica, e suas ideias fundamentais são familiares e extraídas da cultura política pública" (RAWLS, 2003, p. 46). São essas características que permitem o endosso das diferentes doutrinas abrangentes. Se uma concepção de justiça não tiver o apoio de um número significativo de cidadãos "politicamente ativos", ela não terá estabilidade e não será duradoura. Mas, em se pensando em estrutura básica da sociedade, mais concretamente, na Constituição e seus elementos essenciais, o acordo é possível, uma vez que esses elementos essenciais interessam a todos, ainda que por razões diversas. Esse endosso das diferentes doutrinas é condição para que uma teoria de justiça possa "servir de base pública da justificação para um regime constitucional" (RAWLS, 2003, p. 49).

As características da justiça como equidade, na medida em que é uma concepção de justiça pautada em valores políticos, visam atender essa base pública de justificação. É, por exemplo, publicamente justificável a necessidade da garantia dos direitos fundamentais; a definição das prerrogativas do legislativo, do judiciário e do executivo, etc. Em síntese, a justificação pública está alinhada ao consenso sobreposto, mas este somente é possível a partir da definição dos elementos constitucionais essenciais.

5. JUSTIFICAÇÃO PÚBLICA E RAZÃO PÚBLICA

Três ideias estão intrinsecamente ligadas para o que se pretende explicitar: a concepção política de justiça, justificação pública e razão pública. O objeto da razão pública é "o bem público". Se o acordo em torno da concepção política da justiça diz respeito aos elementos constitucionais essenciais, também os limites da razão pública se referem a eles. Isso significa dizer que existem muitas questões públicas

que não são objeto da razão pública, exatamente por não serem elementos constitucionais essenciais. A legislação fiscal, muitas leis que regulam a propriedade e a instituição de parques naturais, são exemplos disso.

Parece paradoxal que, quando se discutem as questões políticas fundamentais, os cidadãos devam respeitar os limites da razão pública. Limites são estabelecidos exatamente quando as questões políticas mais importantes estão em jogo. Será razoável e racional que os cidadãos apelem somente para a concepção política de justiça quando as questões básicas estão em jogo? Nesses casos o uso da razão pública não deveria ser ilimitado? M. Sandel chama a atenção para o caráter extremamente restritivo da razão pública rawlsiana.[15] Isso pode ser verificado, segundo o autor, pelo tipo de argumentos que exclui, por exemplo, no debate sobre os temas do aborto e dos direitos dos homossexuais (cf. SANDEL, 2005, p. 274). Sandel considera um equívoco excluir argumentos morais nesse debate.

Para o liberalismo político, o exercício do poder político é bem específico, isto é, só se justifica "quando é exercido de acordo com a Constituição cujos elementos essenciais se pode razoavelmente esperar que todos os cidadãos endossem" (RAWLS, 2000, p. 266). É esse endosso que dá legitimidade e estabilidade à Constituição.

Ora, o paradoxo desaparece na medida em que "a concepção política é sustentada por um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes e razoáveis" (RAWLS, 2000, p. 267). Não há acordo possível sem que limites ao uso público da razão sejam estabelecidos. Cada um argumentará em prol de sua doutrina ética abrangente. A possibilidade do endosso ocorre por se tratar de um interesse comum, passível de justificação pública. O que importa são os valores políticos de um regime constitucional. Outros valores, como os éticos, por exemplo, não são relevantes para a argumentação pública.[16]

---

[15] O livro de Sandel, O *Liberalismo Político e os limites da justiça,* tem um tópico dedicado expressamente a uma crítica ao caráter restritivo da noção de razão pública de Rawls. Ver Thadeu Weber, Os Limites do Liberalismo: uma crítica comunitarista. Revista VERITAS, v. 63, n. 1, 2018.

[16] Sobre o tema da razão pública, ver WEBER, Thadeu. Uma concepção política de justiça. IN*: Filosofia do Direito*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021, Thadeu Weber e Jardel de Carvalho Costa (orgs.). Os últimos três parágrafos estão amplamente baseados nesse capítulo do livro.

Como já foi referido, o propósito de Rawls é elaborar uma concepção política de justiça que possa ser “objeto de um consenso sobreposto razoável". Ora, isso tem em vista precisamente, que ela seja “uma base pública de justificação” (RAWLS, 2003, p. 126). A restrição ao domínio do político permite esse tipo de justificação. A insistência nos elementos constitucionais essenciais é uma prova disso. Esses elementos são indispensáveis para viabilizar uma sociedade cooperativa. Justificam-se por constituírem o “mínimo social” necessário para a participação dos cidadãos na sociedade. “Abaixo de um certo nível de bem-estar material e social, e de treinamento e educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos, e muito menos como cidadãos iguais” (RAWLS, 2000, p. 213). Esse mínimo existencial, embora Rawls não se valha dessa expressão, é a base da justificação pública da concepção política de justiça, pois indica claramente o conteúdo da razão pública.

É importante destacar que, além desse primeiro acordo sobre os princípios, e para torná-lo eficaz, é necessário um outro acordo. Esse diz respeito às “diretrizes da discussão pública e sobre que critérios decidem que informações e conhecimentos são relevantes na discussão de questões políticas” (RAWLS, 2003, p. 126). Isso é decisivo para tornar pública, determinada justificação. Com relação a isso, Rawls se refere a uma segunda parte de um “acordo original”, isto é, “um acordo sobre os princípios de argumentação e as regras de verificação à luz das quais os cidadãos devem decidir se os princípios de justiça se aplicam, quando e até que ponto são satisfeitos, e que leis e políticas melhor condizem com eles nas condições sociais existentes” (RAWLS, 2003, p. 126).

Portanto, não é qualquer tipo de argumentação que a torna pública. Existem certas exigências para tal. Para não se tornar mera “retórica”, todas as formas de argumentação devem conter alguns “elementos comuns”: “princípios de inferência e regras de evidência; têm de incorporar os conceitos fundamentais de julgamento, inferência e evidência, e incluir padrões de correção e critérios de verdade” (RAWLS, 2003, p. 130). Isso significa que além dos valores políticos da “justiça política”, onde entram os direitos e liberdades fundamentais e oportunidades iguais, há um segundo tipo de valores políticos, objeto de um acordo na posição original: os “valores da razão pública”. Estes referem-se às “diretrizes de discussão pública” e às “etapas

necessárias para garantir que a discussão seja livre e pública, bem como informada e razoável" (RAWLS, 2003, p. 129). Aqui Rawls inclui também as "virtudes da razoabilidade e da boa-fé".

Essas são as bases que orientam a justificação pública. O acordo em torno de uma concepção política de justiça e dos princípios que a constituem somente é possível e legítimo se acompanhado de prerrogativas (diretrizes da discussão pública) que tornam a argumentação livre e pública. A virtude de razoabilidade inclui a reciprocidade.

O alcance da razão pública fica mais claro quando distinguido das razões não-públicas. O autor cita como exemplos de razões não-públicas, igrejas e universidades, sociedades científicas e grupos profissionais (RAWLS, 2000, p. 269). É claro que o tipo de argumentação desenvolvida nesse âmbito de organizações é público, mas somente para seus membros e não para a sociedade política como um todo. Essas razões não-públicas constituem o que Rawls chama de "cultura de fundo" da sociedade civil.

Quando o assunto é o conteúdo da razão pública e mesmo o consenso sobreposto, outro argumento que conta decisivamente em favor da justificação pública é o fato da concepção política de justiça de Rawls ser liberal. Isso significa duas coisas: 1. Que ela "protege os direitos fundamentais", claramente referidos no primeiro princípio de justiça e encontráveis em regimes democráticos; 2. "Lhes atribui uma prioridade especial" (RAWLS, 200, p 203). Como resolver conflitos na concretização dos princípios de justiça sem o prévio estabelecimento de prioridades? Questões que geram muitas divergências precisam ser retiradas da "agenda política". Liberal significa que há uma prioridade desses direitos sobre quaisquer concepções comunitárias do bem. Além do mais, que a concepção política de justiça seja liberal significa que ela "inclui medidas para assegurar que todos os cidadãos tenham meios materiais suficientes para fazer um uso efetivo desses direitos fundamentais" (RAWLS, 2000, p. 203). Isso indica que um "mínimo social", aqui referido como mínimo existencial, é elemento constitutivo do conteúdo da dignidade humana, portanto, objeto da razão pública. Ora, direitos fundamentais, mínimo existencial e dignidade humana são o conteúdo da razão pública e, pois, justificáveis com razões públicas, bem como endossáveis por distintas concepções

do bem. É esse endosso que confere legitimidade e estabilidade a uma concepção pública de justiça. Estamos falando de um liberalismo igualitário e não libertário.

A reiterada referência aos elementos constitucionais essenciais, conforme citados, tem como objetivo possibilitar um consenso e uma justificação com o "uso público da razão". Nos regimes democráticos livres há poucas variações quanto a esses elementos essenciais.

É nesse contexto que entra o Supremo Tribunal como o que Rawls chama de "exemplo de razão pública". Ele é o guardião da Constituição. Se a concepção política de justiça diz respeito aos elementos constitucionais essenciais é por eles que a suprema corte deve zelar. É de sua competência exercer o controle judicial da constitucionalidade das leis. Para Rawls, "a razão pública é a razão de seu supremo tribunal" (RAWLS, 2000, p. 281).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legitimidade das normas que orientam nossas relações políticas, sociais e jurídicas passa necessariamente pela possibilidade de justificação pública. Para isso era importante que se mudasse a própria concepção de razão da modernidade: de uma razão instrumental hobbesiana e praticamente ditatorial de Kant passamos a uma razão argumentativa em Rawls e, sobretudo, na democracia deliberativa de Habermas. A razão hobbesiana e kantiana, com as devidas diferenças, ordena e dita, mas não é argumentativa. A rawlsiana e a habermasiana se caracteriza pela possibilidade de apresentar "bons argumentos" ou boas razões. Especificamente, os princípios da teoria da justiça de Rawls atendem a essa exigência, uma vez que se restringem ao domínio do político e não abarcam teorias éticas abrangentes, como é o caso do construtivismo moral de Kant. É discutível se a posição original é o procedimento mais adequado para a construção dos princípios de justiça. Mas a restrição ao político favorece enormemente o resultado desejado por aquele procedimento. Argumentos são compartilháveis porque partem de um fundamento comum.

Assim delimitada, a fundamentação desses princípios obedece a um discurso universal onde o melhor argumento é a autoridade principal. Na medida em que se

prioriza a estrutura básica da sociedade, com suas instituições jurídico-políticas mais importantes, abre-se o caminho para a justificação pública. Uma teoria da justiça ganha muito em justificação na medida em que se restringe aos valores políticos.

O fundamental é saber que a concepção política de justiça especifica e protege os direitos e liberdades fundamentais e estabelece prioridades, além de incluir um mínimo existencial capaz de possibilitar a efetiva concretização desses direitos. Somando-se a isso, com a necessidade da garantia da igualdade equitativa de oportunidades e o atendimento do princípio da diferença viabiliza-se um consenso político, passível de ampla justificação e adesão de doutrinas éticas abrangentes razoáveis. Com isso, a estabilidade de uma sociedade, orientada por tais princípios, está assegurada.

Importante salientar que na justificação pública existem critérios a serem atendidos: a reciprocidade e a universalidade. Princípios e valores que não se submetem a isso ficam para os projetos de vida pessoal. Existem valores políticos e valores não-políticos. Nem todos os valores políticos são objeto da razão pública, mas podem ser publicamente justificados. As reformulações efetuadas por Rawls deram clareza à abrangência de sua teoria da justiça e, portanto, de sua justificação.

Uma leitura de Rawls a partir da distinção dos quatro contextos da justiça de Forst dá mais clareza à justificação normativa pretendida por aquele. Afinal, justificação ética e justificação moral são duas coisas bem distintas. Portanto, do ponto de vista da justificação a distinção entre ética e moral é fundamental, o que nem sempre é tão claro no referido autor.

Com a vinculação entre justificação pública e equilíbrio reflexivo fica claro que somente juízos bem-ordenados são capazes de merecer credibilidade pública. O conhecimento das alternativas e a ponderação de seus argumentos, a consideração das divergências e o exercício da imparcialidade e da prudência conferem razoabilidade aos princípios desejados. Tal é a pretensão dos princípios de justiça de Rawls.

A possibilidade de adesão das doutrinas éticas abrangentes aos princípios da justiça é a prova incontestável de sua validade e legitimidade. O consenso sobreposto indica para um ponto de vista comum a partir do qual os cidadãos podem

administrar seus interesses e divergências. Esse ponto de vista comum, endossável pelas referidas doutrinas e por cidadãos politicamente ativos, pode servir de base pública de justificação.

Apesar das críticas feitas ao caráter restritivo da ideia de razão pública, ela tem o mérito de estabelecer limites para o tipo de argumentos aceitáveis na justificação pública. Não se trata de excluir argumentos morais do debate público quando o assunto é aborto e o direito dos homossexuais, conforme objeção levantada por Sandel. Esses assuntos não entram na agenda política e não são objeto de razão pública, mas sim do estágio legislativo. O que está em jogo são os princípios políticos de justiça orientados para a estrutura básica da sociedade. A razão pública, e nesse caso a justificação pública, diz respeito aos elementos constitucionais essenciais. Sandel, em sua crítica a Rawls, confunde diferentes contextos normativos.

REFERÊNCIAS

FORST, R. 2010. Contextos da Justiça. São Paulo: Boitempo. 382p.

______. 2004. Kontexte der Gerechtigkeit. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 478p.

______. 2014. Das Recht auf Rechtfertigung. Frankfurt am Main: Suhrkamp. 409 p.

GUEDES, Francisco Jozivan. A Teoria da Justiça em Rainer Forst: crítica como justificação normativa. IN: Filosofia do Direito: teorias modernas e contemporâneas da justiça. Thadeu Weber e Jardel Carvalho (orgs). Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021.

KANT, I. 1986. Kritik der reinen Vernunft I. Frankfurt am Main: Suhrkamp. 340 p.

_______. 1986. Grundlegung zur Methaphysik der Sitten. Frankfurt am Main: Suhrkamp. 302 p.

POPPER, S.K. 1975. Conhecimento Objetivo. Belo Horizonte: Itatiaia.

RAWLS, J. 2003. Justiça como Equidade: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 306 p.

_______. 2000. O Liberalismo Político. São Paulo: Ática. 430 p.

______. 1997. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes.

______. 2004. O Direito dos Povos. São Paulo: Martins Fontes, 259 p.

SANDEL, M. 2005. O Liberalismo e os Limites da Justiça. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

WEBER, Thadeu; COSTA, Jardel de Carvalho (orgs.) 2021. Filosofia do Direito: Teorias modernas e contemporâneas da justiça. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 246 p.

______. Thadeu. Os Limites do Liberalismo: uma crítica comunitarista. Porto Alegre: VERITAS, N. 63, N. 01, 2018.

33. LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS DE TRABALHO DE TRIPULANTES DE NAVIOS DE CRUZEIROS MARÍTIMOS

LAW APPLICABLE TO CREW WORK CONTRACTS OF SEA CRUISE SHIPS

https://doi.org/10.36592/9786554600668-33

Valerio de Oliveira Mazzuoli[1]

RESUMO

O estudo investiga a lei aplicável à regência dos contratos (ou pré-contratos) de trabalho de tripulantes de navios de cruzeiros marítimos de bandeira estrangeira que navegam em águas nacionais ou internacionais. A investigação conclui que, além de ser a Justiça do Trabalho brasileira a competente para o exame da questão, a norma a ser aplicada no caso concreto é a mais favorável ao trabalhador, ainda que o Brasil seja parte de tratado internacional que regule a questão de modo diverso. As normas de proteção ao trabalhador são *lois de police* e, como tal, guardam aplicabilidade imediata perante a ordem jurídica brasileira. A sentença judicial que afastar a aplicação das normas brasileiras mais favoráveis ao trabalhador viola o princípio internacional *pro homine* e carece de validade no plano jurídico.

Palavras-chave: trabalho em navio; lei aplicável; princípio *pro homine*; normas de aplicação imediata; diálogo das fontes.

ABSTRACT

The study analyzes the applicable law governing employment contracts (or pre-contracts) of crewmembers of foreign-flagged cruise ships sailing in national or international waters. The research concludes that not only is the Brazilian Labor

[1] Professor-associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Clássica de Lisboa. Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" – Unesp, *campus* de Franca. Membro-titular da Sociedade Brasileira de Direito Internacional – SBDI e da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas – ABCD. Membro-consultor da Comissão Especial de Direito Internacional do Conselho Federal da OAB.

Court the jurisdiction to examine the issue, but the rule most favorable to the worker should be applicable, even if Brazil is a party to an international treaty that establishes a different approach. Norms that protect workers are *lois de police* and, as such, are immediately applicable within the Brazilian jurisdiction. A court decision that rules out the application of Brazilian norms that are more favorable to workers breaches the *pro homine* principle and lacks legal validity.
Keywords: cruise ship work; applicable law; *pro homine* principle; immediate applicable norms; dialogue of sources.

1. Introdução

O tema da lei aplicável à regência dos contratos (ou pré-contratos) de trabalho de tripulantes de navios de cruzeiros marítimos de bandeira estrangeira é premente e necessita de necessário esclarecimento no Brasil. No Tribunal Superior do Trabalho há controvérsia sobre o tema, especialmente perante a Subseção I de Dissídios Individuais (SDI-1), estabelecida a partir de um único precedente originário da 4ª Turma, que divergiu da jurisprudência das demais Turmas do Tribunal.

As empresas de cruzeiros marítimos defendem a inaplicabilidade da lei brasileira aos contratos de trabalho firmados com tripulantes contratados (ou pré-contratados) no Brasil para prestarem serviços nos navios, com pretenso amparo nos arts. 182 e 198 do Código Bustamante e na Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, pelo que – segundo tais empresas – deveria ser aplicada a lei do país da bandeira da embarcação.

Para o fim de esclarecer a situação jurídica de tais trabalhadores e a legislação aplicável ao seus contratos de trabalho, merecem ser respondidas várias questões jurídicas que passarei a destacar como itens específicos deste estudo.

De início, frise-se, desde já, que as relações contemporâneas entre o Direito Internacional Público – e do Direito Internacional do Trabalho – e o direito interno brasileiro devem pautar-se pela teoria do "diálogo das fontes", tal como definida por Erik Jayme (Heidelberg) no seu memorável Curso da Academia de Direito

Internacional Haia de 1995.[2] De fato, se todo diálogo pressupõe uma reflexão conjunta, uma vontade de compartilhar conjuntamente teses nascidas dessa própria simbiose, no que tange às relações do direito internacional (notadamente na seara dos direitos humanos) com o direito interno a mesma situação se apresenta.

Como se verificará, as normas de direito internacional relativas à proteção dos direitos humanos "conversam" – ou "dialogam" – com as normas de direito interno, sempre no intuito de *melhor proteger* ou *melhor amparar* um direito garantido ou protegido pelos tratados ou pelo direito doméstico.

Se o método fascinante de Erik Jayme já foi aplicado com sucesso entre nós para analisar as relações entre o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e o Código Civil de 2002,[3] para verificar a constitucionalidade da aplicação do CDC às relações bancárias[4] e, ainda, para estudar as interfaces existentes entre os tratados da OMC e outras normas internacionais,[5] com melhor razão há de ser acionado para solucionar os conflitos entre tratados de direitos humanos e normas de direito interno.[6]

Feito esse registro, cabe passar ao estudo de todas as questões jurídicas que permeiam o tema em análise, à luz das normas internas e internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte.

2. Jurisdição competente para a análise das demandas relativas às relações de trabalho entre empresas de cruzeiros marítimos e tripulantes contratados no Brasil

A questão do estabelecimento do foro competente para a análise e julgamento de demandas que envolvem empresas de cruzeiros marítimos e tripulantes

---

[2].JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, v. 251 (1995), p. 259.

[3].*V.* MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 51, São Paulo: RT, jul./set./2004, p. 34-67. *V.* também, MARQUES, Claudia Lima, *Manual de direito do consumidor*, 2. tir. (com Antônio Herman V. Benjamin e Leonardo Roscoe Bessa), São Paulo: RT, 2008, p. 87-99.

[4].STF, ADIn n. 2.591, Tribunal Pleno, julg. 04.05.2006, voto do Min. Joaquim Barbosa, p. 351-352.

[5].Cf. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 238-242.

[6].A propósito, *v*. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

contratados no Brasil para a prestação de serviços em navios de bandeira estrangeira não é nova e já foi enfrentada pelo c. Tribunal Superior do Trabalho em várias ocasiões.

Em recente Acórdão da 2ª Turma do TST, a corte trabalhista assentou, acertadamente, que "no caso dos autos, é inafastável a jurisdição nacional, nos termos do art. 651, § 2º, da CLT, pois a reclamante, brasileira, foi contratada no Brasil para prestar serviços a bordo de embarcação estrangeira, percorrendo tanto águas brasileiras quanto estrangeiras", reconhecendo que "não remanesce nenhum impedimento à aplicação da legislação do Brasil, naquilo que for mais favorável à reclamante", além do que a "aplicação de distintos diplomas jurídicos a empregados brasileiros e outros trabalhadores estrangeiros não encerra discriminação entre nacionalidades, eis que fundada em aspectos objetivos da relação laboral – no caso, empregada contratada no Brasil para trabalhar também em águas nacionais – e não em critério subjetivo do trabalhador".[7]

O argumento que avoca para a Justiça do Trabalho brasileira a competência para julgar causas envolvendo trabalhadores contratados no Brasil para exercer atividades em outra localidade encontra amparo no art. 651, § 3º, da CLT, que excepciona a regra do local da prestação dos serviços quando o empregador promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, circunstância que assegura ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços. Permita-se a transcrição do art. 651, §§ 2º e 3º da CLT, para o correto entendimento do fenômeno, *verbis*:

> Art. 651. A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutro local ou no estrangeiro. (...)
> § 2º. A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento, estabelecida neste artigo, estende-se aos dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional dispondo em contrário.

---

[7] .TST, RR-10165-37.2016.5.09.0013, 2ª Turma, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, julg. 11.12.2019, *DEJT* 07.02.2020.

> § 3º. Em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços.

Também no Código de Processo Civil de 2015 se encontra regra que atrai a competência da Justiça brasileira para o deslinde do caso concreto, prevista no seu art. 21, III, que diz ser competente a autoridade judiciária brasileira para o processo e julgamento das ações em que o fundamento seja fato ocorrido *ou ato praticado* no Brasil.

No caso em tela, tem-se que a contratação no Brasil, mesmo que para exercer atividades fora do local do contrato, há de ser interpretada como "fato ocorrido no Brasil" ou como "ato aqui praticado", fazendo incidir a regra do art. 21, III, do Código de Processo Civil, que fixa, vez por todas, a competência da Justiça do Trabalho para o deslinde da questão.

Independe por onde trafegue o cruzeiro para atrair a competência da Justiça do Trabalho brasileira para o deslinde das questões jurídicas decorrentes de tais contratações. Até mesmo se o contrato foi celebrado no exterior, poderia o empregado acionar a Justiça do Trabalho no Brasil para reparar os prejuízos sofridos no emprego, à luz do § 2º do art. 651 da CLT.

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1986), quando estabelece, no art. 94, item 2, alínea *b*, que todo Estado deve "exercer a sua jurisdição de conformidade com o seu direito interno sobre todo o navio que arvore a sua bandeira e sobre o capitão, os oficiais e a tripulação, em questões administrativas, técnicas e sociais que se relacionem com o navio", está se referindo à embarcação propriamente dita e não ao *trabalho* exercido por estrangeiros em suas dependências; a norma em causa não retira, em absoluto, a competência da Justiça nacional de julgar as questões relativas às contratações realizadas no Brasil para prestação de serviços nas embarcações.

É falacioso o argumento de que a jurisdição brasileira somente se aplicaria aos trabalhadores de cruzeiros marítimos nos casos dos cruzeiros realizados *na*

costa brasileira, dado que não importa a rota ou o tráfego da embarcação para atrair a competência da Justiça do Trabalho no Brasil, como se acabou de verificar.

Nesse sentido está a jurisprudência consolidada do TST, segundo a qual “em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços", complementando que “contratado o autor no Brasil, a relação de trabalho mantida entre as partes deve ser regida pela legislação brasileira, em homenagem ao princípio da norma mais favorável ao empregado”.[8]

Portanto, não há dúvidas de que as demandas judiciais relativas às relações de trabalho estabelecidas entre as empresas de cruzeiros marítimos e os tripulantes contratados no Brasil para prestarem serviços em navios de bandeira estrangeira estão submetidas à jurisdição brasileira, especificamente à Justiça do Trabalho.

3. Reconhecimento da contratação do trabalhados na jurisdição brasileira

Levando-se em conta que o recrutamento, a entrevista, a aprovação do(a) candidato(a), a definição das condições de trabalho e de remuneração, bem como o treinamento dos tripulantes ocorrem em território brasileiro, indaga-se se o contrato de trabalho respectivo há de ser reconhecido como celebrado no Brasil ou se tais fatores não influenciam nesse reconhecimento.

Não há dúvidas de que, se o contrato de trabalho (ou pré-contrato) foi proposto no Brasil, à luz do recrutamento dos interessados, da entrevista, da aprovação do(s) selecionado(s), do treinamento e da negociação das condições de trabalho e de remuneração, o que se tem é um contrato (ou pré-contrato) celebrado na jurisdição brasileira, pois, aqui, há indicadores efetivos e relevantes de que no Brasil foi celebrado um contrato (ou pré-contrato) de trabalho.

Em vários casos concretos o que se verifica nitidamente é que o contrato (ou pré-contrato) de trabalho, bem assim a entrevista e o treinamento dos selecionados no Brasil é condição imposta para que o(s) contratado(s) possa(m) embarcar e seguir

---

[8].TST, AIRR nº 130333-56.2013.5.13.0015, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, *DEJT* 22/05/2015.

no labor contratado no navio, em águas nacionais ou internacionais; e ainda, verifica-se que as chamadas *letters of employment*, emitidas pelas empresas de cruzeiro e normalmente disponibilizadas nas agências de recrutamento, são documentos necessários para o embarque dos contratados ao final do processo de seleção no Brasil.

Há, assim, inúmeros indicadores relevantes sobre a efetiva contratação no Brasil dos selecionados para trabalhar em empresas estrangeiras de cruzeiros marítimos, atraindo a relação de trabalho para a jurisdição e legislação (mais benéfica) brasileira; esses indicadores – seleção, treinamento, negociações sobre remuneração etc. – devem ser levados em consideração pela Justiça do Trabalho brasileira para fixar o "centro de gravidade" da relação jurídica, em especial para a aplicação da legislação pátria (mais benéfica) ao caso concreto.

Esse entendimento é esposado pela Recomendação nº 198 da OIT relativa à relação de trabalho,[9] instrumento este que estabelece, no art. 11, alínea *b*, que "com a finalidade de facilitar a determinação da existência de uma relação de trabalho, os Membros devem, dentro da estrutura de políticas nacionais consultar esta Recomendação, considerando as possibilidades seguintes: (...) (*b*) prover para uma presunção legal de que uma relação de trabalho existe onde um ou mais indicadores relevantes se fazem presente".

Nos termos do art. 13 da Recomendação nº 198 da OIT esses indicadores podem incluir: (*a*) o fato de que o trabalho: é realizado de acordo com as instruções e sobre o controle de outro grupo; envolvendo a integração do trabalhador na organização da empresa; é executado unicamente ou principalmente para o benefício de outra pessoa; deve ser realizado pessoalmente pelo trabalhador; é realizado dentro de horas de trabalho específicas ou dentro do local de trabalho especificado ou acordado pelo grupo que requisitou o trabalho; é de uma duração particular e tem uma certa continuidade; requer a disponibilidade do trabalhador; ou envolve a provisão de ferramentas, materiais e maquinário pelo grupo requisitado para o trabalho; (*b*) pagamento periódico da remuneração para o trabalhador; o fato de que tal remuneração constitui a única ou principal fonte de renda do trabalhador;

---

[9]. Sobre o valor jurídico das recomendações da OIT, *v*. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 973-976.

provisão de pagamento em espécie, como alimentação, aluguel ou transporte; reconhecimento de autorizações tais como descanso semanal e feriados anuais; pagamento pelo grupo que requisitou o trabalho para curso empreendido pelo trabalhador a fim de realizar o trabalho; ou ausência do risco financeiro para o trabalhador.

Tal demonstra que os contratos de trabalhos são – para falar como De La Cueva – verdadeiros "contratos-realidade",[10] até porque os elementos de sua celebração podem ser expressos *ou tácitos*, levando em consideração vários indicadores, como os acima citados, no mesmo sentido do que estabelecem os arts. 442 e 443 da CLT.

Perceba-se que tais hipóteses são diametralmente oposta às dos contratos celebrados *entre ausentes*, regida pelo art. 9º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, que reputa concluído o contrato "no lugar em que residir o proponente"; no caso das obrigações entre *presentes*, a regra de regência será a do "país em que se constituírem" (LINDB, art. 9º, *caput*).[11]

Se o recrutamento, a entrevista, a aprovação do(s) selecionado(s), o treinamento e a negociação das condições de trabalho e de remuneração deram-se no Brasil, aqui se constituiu a obrigação jurídica entre as partes, aplicando-se à espécie o art. 3º, II, da Lei nº 7.064/82 (*v. infra*).

A compreensão dessa questão jurídica faz toda a diferença no entendimento do tema, em razão de os contratos celebrados na hipótese concreta terem sido firmados entre presentes, pelo que reputar-se-ão concluídos no Brasil.

Nos contratos assim celebrados, não importando o local da prestação do serviço, é também cediço que será a *lei brasileira* a aplicada ao caso concreto; e não há dúvidas de que será competente a Justiça do Trabalho brasileira para julgar tais ações envolvendo esses empregados de empresas estrangeiras.

Se houver dúvida sobre onde foi celebrado o contrato de trabalho, recorra-se ao art. 435 do Código Civil brasileiro, segundo o qual "reputar-se-á celebrado o

---

[10].Cf. FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Do pré-contrato de trabalho*: o contrato preliminar de trabalho no *iter* da contratação laboral – abordagem comparativa e jusfundamental. São Paulo: LTr, 2010, p. 161.

[11].*V.* MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 405-407.

contrato no lugar em que foi proposto". E, se há provas, de que a proposta foi realizada no Brasil, não ficam dúvidas de que o contrato (ou pré-contrato) de trabalho foi no Brasil efetivamente celebrado.

Não bastasse tal regra, a Lei – que é *especial* sobre o tema – nº 7.064, de 6 de dezembro de 1982, que regula a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior, considera *transferido* "o empregado contratado por empresa sediada no Brasil para trabalhar a seu serviço no exterior" (art. 2º, III).

Assim, há duas possibilidades: ou a contratação deu-se no Brasil pelo local da constituição da obrigação (entre presentes) ou a própria empresa tem sede no Brasil no momento da contratação, firmando o contrato para futura transferência do contratado para prestar serviços no exterior, nos termos da regra expressa no art. 2º, III, da Lei nº 7.064/82.

4. Normas de aplicação imediata e primazia da legislação brasileira mais benéfica (art. 3º, II, da Lei nº 7.064/82)

Tratando-se de normas trabalhistas, estas têm aplicação imediata no Brasil por serem *lois de police*, é dizer, normas de que atingem o plano do Direito Internacional Privado com primazia a eventual legislação estrangeira aplicável, como também se verá mais adiante.

Esse caráter fica nítido da leitura do art. 3º, II, da Lei nº 7.064, de 6 de dezembro de 1982, que regula a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para o exterior, ao estabelecer que "a empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria".

Se for a lei brasileira *mais benéfica* aos trabalhadores, não há dúvidas – voltarei neste tema à frente – que deve prevalecer sobre normas estrangeiras e, até mesmo, sobre tratados internacionais de que o Brasil é parte, pois o princípio da

primazia da norma mais favorável é axiologicamente *superior* a quaisquer outros que indicam outras leis ou normas internas ou internacionais (menos benéficas) ao caso concreto, certo de que as próprias normas internacionais – voltarei, também, à frente neste tema – contêm "cláusulas de diálogo" ou "vasos comunicantes" que autorizam a aplicação das normas *mais favoráveis* ao cidadão sujeito de direitos.

Por isso, se o contrato de trabalho foi firmado no Brasil, é de rigor a aplicação da lei brasileira mais benéfica ao caso concreto, certo de que uma embarcação, por exemplo, *italiana* não pode se utilizar do Código Bustamante para atrair outra competência internacional da causa, pelo fato de a Itália não estar no rol dos Estados-partes da Convenção de Havana.

Abra-se, aqui, um parêntese, para referir que o Código Bustamante de Direito Internacional Privado somente pode ser trazido à baila quando as duas partes são Estados que o ratificaram (apenas 16 países latino-americanos o ratificaram até os dias de hoje); não podem, *v.g.*, países europeus fundamentarem pretensões nessa normativa internacional, que expressamente se aplica *apenas* aos seus Estados-partes: Bahamas, Bolívia, Chile, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru, El Salvador e Venezuela.

A regra expressa no art. 2º da Introdução do Código Bustamante deixa claro que as disposições do Código "não serão aplicáveis senão entre as Repúblicas contratantes e entre os demais Estados que a ele aderirem". [12] Os tribunais superiores não podem se confundir sobre este tema, e devem bem compreendê-lo, à luz do que dispõe a regra expressa do Código.

Os tribunais superiores brasileiros têm constantemente aplicado erroneamente o Código Bustamante para países que não são *partes* desse tratado internacional, em violação frontal ao estabelecido no citado art. 2º da Introdução do Código Bustamante; se o trabalhador brasileiro é contratado por empresa de cruzeiro italiana, não há que se falar na aplicação do Código Bustamante, pois a Itália não integra os seus 16 Estados-partes.

Depara-se, constantemente, com julgados e, inclusive, com doutrina, que pretendem aplicar o Código Bustamante, indistintamente, a quaisquer tipos de

[12]. Para detalhes, *v.* MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 68-69.

relações jurídicas entre partes estrangeiras que não ratificaram o respectivo instrumento internacional, o que reputo absolutamente ilegal/inconvencional.

O próprio STF já aplicou o Código Bustamante para relação jurídica envolvendo Portugal, o que, juridicamente, não é permitido. Em um desses casos, a Suprema Corte decidiu que "embora Portugal não haja ratificado esse Código, ele foi aprovado por lei no Brasil e assim o critério por ele fixado, quanto ao conceito de lei de ordem pública e nacional...".[13] A decisão é absolutamente equivocada e não levou em conta (como deveria) a regra expressa no próprio Código Bustamante, pois, para que o Código tenha aplicação, *ambos* os Estados devem tê-lo ratificado. Ademais, já se viu que o art. 9º da LINDB determina que "para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem".

Não é de hoje que me insurjo com decisões judiciárias que aplicam o Código Bustamante para relações jurídicas a envolver Estado não-parte no tratado, por entende-las sem qualquer fundamento. Permito-me transcrever o que digo sobre o assunto em meu *Curso de Direito Internacional Privado*, publicado pela Editora Forense, *verbis*:

> Uma fonte convencional importante para o DIPr brasileiro, embora de alcance limitado, é a Convenção de Direito Internacional Privado (*Código Bustamante*) de 20 de fevereiro de 1928,36 elaborada pelo jurista cubano Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén. (...) Sua aplicação prática, porém, tem encontrado certa dificuldade entre nós, ainda mais quando se constata que muitas de suas disposições caíram em verdadeiro desuso, não obstante a qualidade de *tratado* de que se revestem. (...) Outro problema a ela atinente é que a sua aplicação se restringe tão somente às relações que envolvem nacionais ou domiciliados em seus pouquíssimos dezesseis Estados-partes, não às ligadas a nacionais ou domiciliados em terceiros Estados (*v.g.*, na América do Norte ou em toda a Europa). Para as questões de DIPr, *v.g.*, entre Brasil e Chile, Brasil e Equador ou entre Brasil e Honduras, as disposições da Convenção se aplicam; não, porém, às relativas a Brasil e Estados Unidos ou a Brasil e qualquer país europeu, como

---

[13]. STF, RE 14.658/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Gallotti, julg. 03.07.1950. Em vários outros casos referentes a Estados não partes o Código também foi citado pelo Supremo: cf. Ext. 1.407/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 15.12.2015; Ext. 1.384/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 15.12.2015; e Emb. Dec. na Ext. 1293/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 10.09.2013.

> claramente determina o art. 2º da introdução ao Código de Havana, para o qual as disposições do Código "não serão aplicáveis senão entre as Repúblicas contratantes e entre os demais Estados que a ele aderirem". (...) No Brasil, igualmente, o STF, de forma errônea, já aplicou o mesmo Código em diversos casos envolvendo países europeus (especialmente em matéria de extradição e de homologação de sentenças estrangeiras). (...) O próprio Código, repita-se, é claro ao afirmar que apenas *entre* os seus Estados-partes terá valor jurídico vinculante.[14]

Portanto, *tout court*, não há que se falar (ou fundamentar decisão judicial) na Convenção de Direito Internacional Privado se ambos os Estados não forem *partes* desse instrumento internacional codificador, é dizer, se não se tratar das relações do Brasil com algum dos outros 15 (quinze) países latino-americanos que o ratificaram.

Frise-se, ademais, que com a alteração trazida pela Lei nº 11.962/2009 houve o cancelamento da conhecida Súmula 207 do Tribunal Superior do Trabalho, que determinava a aplicação da lei do local da prestação de serviços para o empregado brasileiro que laborasse no exterior.

Nos termos da Súmula 207 do TST, "a relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação"; a partir de sua revogação, entendeu-se que as relações contemporâneas de trabalho, bem assim a internacionalização das relações sociais, não mais justificaria a regra da "lei do país da prestação de serviço" no âmbito do direito internacional privado do trabalho, pois o princípio constitucional do acesso à justiça ficaria absolutamente prejudicado nesses casos.

Referida Súmula restou sem qualquer aplicabilidade a partir do advento da Lei nº 11.962/2009, que alterou o art. 1º da Lei nº 7.064/82 para determinar a aplicação da lei trabalhista brasileira, quando mais favorável, a *todos* os trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por seus empregadores, para prestar serviços no Brasil.

---

[14]. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 67-69.

O que se busca na aplicação das normas sobre lei aplicável às relações de trabalho no exterior é, como já se disse, o "centro de gravidade" da situação jurídica em causa; e, quando encontrado esse "centro de gravidade", afasta-se a lei potencialmente aplicável para privilegiar a norma *mais próxima* à relação jurídica concreta, que poderá ser a lei brasileira se o contrato (ou pré-contrato) de trabalho for celebrado no Brasil e for mais favorável ao trabalhador a lei pátria.

A Lei nº 7.064/82 abrange tanto os casos de contratação no Brasil como o de transferência para prestar serviços no exterior. Como destaca Maurício Godinho Delgado, o que a normativa fez foi atingir "não somente os dispositivos regentes da transferência e retorno para o Brasil, mas também o próprio universo normativo regulador do contrato durante o período de permanência do obreiro no exterior".[15]

Assim, atualmente, além da Justiça do Trabalho brasileira ser competente para julgar os conflitos trabalhistas quando o contrato de trabalho for constituído no Brasil, independentemente do local da prestação de serviços, também o conteúdo da avença somente há de ser regido pela legislação trabalhista brasileira, que é, no âmbito do direito internacional privado do trabalho, *loi de police*, isto é, norma de aplicação imediata, que afasta a procura de quaisquer outras legislações potencialmente aplicáveis.

Como já expliquei em obra jurídica específica, as *lois de police* – de que são exemplos claríssimos as normas *trabalhistas* – são "normas que comportam questões de *grande relevância* nacional, tidas como extremamente importantes à garantia dos direitos dos cidadãos e do próprio Estado, não obrigatoriamente com assento constitucional", motivo pelo qual "são automaticamente (imediatamente) aplicáveis; obrigam – para falar como o art. 3º, § 1º, do Código Civil francês – 'todos os que habitam o território'".[16]

Como se percebe, as normas imperativas são, por natureza, sempre *unilaterais*, vez que impõem a aplicação de uma *única norma* em detrimento de eventual lei estrangeira aplicável. A opção pelo unilateralismo, nesse caso, vem demonstrar nitidamente a superioridade do interesse estatal ligado a um

---

[15].DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 241.
[16]. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 234-235.

determinado assunto, tido como *essencial* à sua população em geral, capaz de afastar a aplicação de quaisquer ordens potencialmente aplicáveis.

Frise-se que essa concepção foi aceita pela Corte Internacional de Justiça desde 1958, quando do julgamento envolvendo os Países Baixos contra a Suécia, com fundamento nas violações impostas pela Convenção da Haia de 1902 relativamente à tutela de menores.

A 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho adotou o entendimento de que, além da Justiça brasileira ser competente para julgar os conflitos trabalhistas nos casos em que as obrigações relacionadas ao contrato de trabalho são constituídas no Brasil, ainda que a prestação de serviços ocorra em navios cuja navegação abarque águas brasileiras e estrangeiras, o conteúdo obrigacional do pacto jurídico celebrado apenas poderia ser fixado a partir da legislação nacional, mais benéfica em relação à Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, por expressa imposição dos arts. 5º, § 2º, da Constituição Federal, 9º da LINDB e 3º, II, da Lei 7064/82 e 19, item 8, da Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT).[17] Nesse exato sentido, a 6ª Turma do TST entendeu, corretamente, que além de ser a Justiça brasileira competente para o deslinde da questão, a lei brasileira mais benéfica deve ser a aplicada ao caso.[18]

Por este cenário já se verifica que o TST tem reiteradamente acertado na tese da competência da Justiça do Trabalho e da incidência da legislação brasileira mais favorável à regência de tais casos concretos, quando empregadores são corporações de cruzeiros marítimos e o trabalho se dá nas embarcações, independentemente da rota do navio e do local (águas brasileiras ou internacionais) por onde trafega. Assim também a decisão da 7ª Turma do mesmo Tribunal, mantendo sólida e firme a jurisprudência da corte trabalhista na matéria, *verbis*:

> Esta Corte, a partir da interpretação das Leis nºs 7.064/1982 e 11.962/2009, evoluiu o entendimento e cancelou a Súmula nº 207 do TST. 2. O art. 3º, *caput* e II, da referida Lei nº 7.064/1982 determina a aplicação da legislação brasileira

[17] .TST, RR-10285-19.2016.5.09.0001, 5ª Turma, Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, julg. 04.09.2019, *DEJT* 20/09/2019.

[18].TST, ARR-11800-08.2016.5.09.0028, 6ª Turma, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, *DEJT* 11.04.2019.

> aos empregados contratados no Brasil para prestar serviços no exterior. 3. Na presente situação, o Tribunal Regional, com base no conjunto fático-probatório existente nos autos, deixou claro que a autora foi contratada no Brasil, tendo celebrado pré-contrato com uma das agências locais de recrutamento (Rosa dos Ventos) e contrato efetivo com a primeira reclamada (MSC Crociere S.A.) dentro do Brasil. 4. Considerando esse cenário fático (contratação da reclamante dentro do território nacional), a relação de trabalho mantida entre as partes deve ser regida pela legislação brasileira, mais favorável ao empregado. Agravo desprovido.[19]

O contemporâneo direito internacional dos direitos humanos, não há dúvidas, pauta-se pelo princípio da primazia da norma *mais favorável* ao ser humano, que é o princípio-gestor das relações entre o direito internacional e o direito interno.[20] Portanto, a sentença judicial que afastar a aplicação das normas brasileiras mais favoráveis ao trabalhador viola o princípio internacional *pro homine* e carece de validade no plano jurídico.

O reconhecimento dessa realidade pelos tribunais superiores é alentador, notadamente neste momento histórico em que atravessa uma *nova onda* do Estado, do Direito e da Justiça, que é a onda internacionalista do direito.

De fato, se se verificam todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, se perceberá que, em todos eles, haverá uma cláusula como aquela inscrita no art. 19, item 8, da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, segundo a qual "em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação".

---

[19].TST, Ag-AIRR-130382-63.2014.5.13.0015, 7ª Turma, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, *DEJT* 07.02.2020.

[20].MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, nº 53, jun. 2000, p. 83-106.

No plano global, vários tratados de direitos humanos têm expressamente proibido aos Estados-partes qualquer restrição ou derrogação aos direitos reconhecidos ou vigentes nesses Estados, em virtude de outras convenções, leis, regulamentos ou costumes menos propícios à obtenção de qualquer direito assegurado pelo Estado.

Assim é que o Pacto de Direitos Civis e Políticos não admite qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-parte, em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, "sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau" (art. 5.º, 2). De outra banda, tanto a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (art. 5.º) quanto a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas (art. 5.º), preveem, da mesma forma, que nenhuma de suas disposições prejudicará os outros direitos e vantagens concedidos respectivamente aos refugiados e apátridas, independentemente delas.

Por sua vez, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher adverte que nada do disposto nela prejudicará "qualquer disposição que seja mais propícia à obtenção da igualdade entre homens e mulheres e que esteja contida: *a*) na legislação de um Estado Parte; ou *b*) em qualquer outra convenção, tratado ou acordo internacional vigente nesse Estado" (art. 23). Por fim, seguindo o mesmo raciocínio, a Convenção sobre os Direitos da Criança também estabelece que nada do que nela foi estipulado afetará as "disposições que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que podem constar: *a*) das leis de um Estado Parte; *b*) das normas de direito internacional vigentes para esse Estado" (art. 41).

No plano regional, cita-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que proíbe a interpretação de qualquer de suas disposições no sentido de "limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados" (art. 29, "b"); proíbe, ainda, a interpretação de qualquer de suas disposições no sentido de "excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza" (art. 29, "d").

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), da mesma maneira, determina que "não se poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes em um Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau" (art. 4.º).

Por sua vez, a Convenção Europeia de Direitos Humanos estipula que nenhuma de suas disposições será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos humanos reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Estado-parte ou com qualquer outra convenção em que este for Parte (art. 60). A Convenção Europeia para Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumano ou Degradante, por sua vez deixa claro que não prejudicará ela "os dispositivos do direito interno ou de qualquer acordo internacional que forneçam maior proteção às pessoas privadas de sua liberdade" (art. 17, 1). A Carta Social Europeia, por fim, seguindo a mesma linha das anteriores, deixa estatuído que as suas disposições não prejudicarão as de direito interno nem as de tratados que "sejam mais favoráveis às pessoas protegidas" (art. 32), tudo pela consagração do *princípio da primazia*.

Esse tipo de cláusula, que nomino "cláusula de diálogo" ou "cláusula de retroalimentação", ou ainda "vasos comunicantes", permite que o Poder Judiciário aplique sempre a norma *mais benéfica* ao ser humano sujeito de direitos, pois ela se liga à cláusula constitucional segundo a qual a República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, pelo princípio da "prevalência dos direitos humanos" (art. 4º, II).

Ora, se a Constituição Federal brasileira determina que nas relações internacionais do Brasil o princípio aplicável é o da *prevalência* dos direitos humanos, certo é que, à medida que os tratados de direitos humanos, por meio de suas *cláusulas de diálogo*, "abrem mão" de sua exclusividade regulatória em matéria de direitos humanos, a primazia será da norma que *melhor proteja* a(s) pessoa(s) em questão, quer seja tal norma interna ou internacional, indistintamente.

Em verdade, a regra hermenêutica fundamental que deve nortear o intérprete na conjugação dos valores constantes dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos em conflito com as disposições constantes do texto

constitucional, é a de que a *primazia* de que se trata deve ser sempre (sem exceção) em favor da dignidade da pessoa humana (*in dubio pro dignitate*).

É possível avançar no pensamento exposto para entender que os vasos jurídicos de comunicação, presentes nos tratados internacionais de direitos humanos, permitem que o órgão julgador resolva a antinomia normativa entre o direito internacional e o direito interno pela aplicação da solução oferecida pelos próprios tratados de direitos humanos, segundo a qual sempre a norma mais benéfica – ou, em outros termos, a norma que mais proteja o sujeito de direitos – é que deve prevalecer no caso concreto.

A eleição sobre qual norma confere mais amplitude ao direito concreto caberia menos ao aplicador e mais às próprias fontes, as quais dialogaram e chegaram a uma conclusão sobre a aplicação de tal ou qual direito. O juiz "ouve" esse diálogo e "coordena" a vontade das fontes daí proveniente. Como destaca Cançado Trindade, o critério da norma mais favorável às pessoas protegidas, consagrado expressamente em tantos tratados de direitos humanos, "contribui, em primeiro lugar para reduzir ou minimizar as pretensas possibilidades de 'conflitos' entre instrumentos legais em seus aspectos normativos", e em segundo lugar "para obter maior coordenação entre tais instrumentos, tanto em dimensão vertical (tratados e instrumentos de direito interno), quanto horizontal (dois ou mais tratados)", bem assim, em terceiro lugar, "para demonstrar que a tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – são no sentido de ampliar e fortalecer a proteção".[21]

Portanto, a partir do momento em que a Constituição se *alarga* para receber aqueles direitos internacionais provenientes de tratados, não pode ela mesma infringir estes preceitos, se mais benéficos, por meio do reconhecimento de outros direitos em seu texto expressos, cuja força protetiva é menor, isso porque o próprio legislador constituinte, em virtude da positivação dos direitos invioláveis e inalienáveis do homem, buscou alargar o rol dos direitos e garantias consagrados, declarando os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos como parte integrante da "ordem constitucional".

---

[21].CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 436.

Não importa a essa quadra histórica a fonte de produção da norma aplicável, se interna ou internacional, importando apenas qual seja a *mais benéfica* ao sujeito de direito protegido. Esse é um princípio irrevogável ao contemporâneo direito internacional dos direitos humanos, e que deve ser levado em consideração em *todos* os julgamentos do Poder Judiciário pátrio.

Como se não bastasse, e também já se falou, as normas trabalhistas brasileiras são "normas de aplicação imediata" no plano do Direito Internacional Privado, devendo ser aplicadas independentemente de localização de outra legislação potencialmente aplicável (estrangeira ou internacional). Trata-se de normas conhecidas na expressão francesa *lois de police*, que são normas que impõem uma razão de Estado para sua aplicação, impedindo que se busque eventual norma indicada pelas regras de Direito Internacional Privado da *lex fori*.

As *lois de police* são exemplificadas na doutrina jusprivatistas internacional exatamente com as leis trabalhistas, especialmente em razão de não se compreender como uma norma estrangeira possa melhor proteger um empregado contratado no Brasil, bem assim levando em conta que a nossa consolidação laboral é (em muitos casos, e especialmente neste) *mais benéfica* a tais empregados aqui contratados.[22]

Se compararmos as normas internacionais com as normas constitucionais e infraconstitucionais brasileiras relativas à proteção dos trabalhadores que exercem atividades em empresas estrangeiras de cruzeiro, nota-se nitidamente que as normas brasileiras – Constituição Federal e CLT – são mais favoráveis às regras internacionais potencialmente aplicáveis. Por exemplo, enquanto a Convenção nº 186 prevê a consagração do pacto laboral por simples contrato de trabalho, em que deve constar os direitos e deveres dos contratados (art. II, 1, *g*; Norma A1.4, item 5, *c*, *ii*), a lei brasileira de regência determina a anotação em Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS e o recolhimento de contribuições previdenciárias para a Previdência Social; também, a norma brasileira determina o recolhimento de FGTS, no início de cada mês, no percentual de 8% do salário dos funcionários, depositados na Caixa Econômica Federal, benefício não encontrado na Convenção da OIT; cite-

---

[22].MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 234-235.

se, ainda, a questão da jornada de trabalho, que no direito brasileiro não pode ser superior a 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, até o limite de duas horas extras diárias, ao passo que no regime da Convenção nº 186 da OIT o número máximo de horas trabalhadas não deve ultrapassar 14 (quatorze) horas por cada período de 24 (vinte e quatro) horas, e 72 (setenta e duas) horas por cada período de sete dias (Norma 2.3, item 5, *a*, *i* e *ii*). Outros exemplos são (*a*) o percentual de horas extras, que deverá ser pago com o adicional de 50% segundo a legislação brasileira e apenas com 25% segundo a Convenção, e (*b*) o adicional noturno e o aviso prévio não inferior a 30 dias consagrados pela norma brasileira e não assegurados pela Convenção.[23]

Portanto, não é difícil verificar que, comparando-se as garantias trabalhistas previstas no ordenamento jurídico brasileiro com as regras expostas na Convenção nº 186 da OIT, há maiores benefícios para os trabalhadores aplicando-se as garantias da lei nacional; é exatamente por essa razão que a própria Convenção nº 186 destaca, em seu preâmbulo, "que, de modo algum a adoção de qualquer Convenção ou Recomendação pela Conferência ou a ratificação de qualquer Convenção por qualquer Membro poderá afetar lei, decisão, costume ou acordo que assegure condições mais favoráveis aos trabalhadores do que as condições previstas pela Convenção ou Recomendação".

Por tudo isso, vê-se que a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador se impõe em casos tais, nos próprios termos do que determinado pela Convenção nº 186 em seu preâmbulo e pela Constituição da OIT (art. 19, item 8).

5. Resolução de antinomias entre o Código Bustamante e a Lei nº 7.064/82

As empresas de cruzeiros marítimos têm defendido, perante a nossa Justiça do Trabalho, a inaplicabilidade da lei brasileira aos contratos de trabalho firmados com tripulantes contratados (ou pré-contratados) no Brasil para prestarem serviços nos navios, com pretenso amparo nos arts. 182 e 198 do Código Bustamante e na

---

[23].Assim, ARANTES, Denise. Trabalhadores de cruzeiros marítimos e legislação. *Portogente*, edição de 24.01.2020.

Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, pelo que – segundo tais empresas – deveria ser aplicada a lei do país da bandeira da embarcação.

Contudo, o estabelecimento, pelo Código Bustamante, da aplicação da lei do país correspondente à bandeira do navio diz respeito às questões relativas *às embarcações* no âmbito do Direito Internacional Privado, não à condição *dos trabalhadores* desses navios. O citado art. 198 do Código Bustamante está incluído no Capítulo V, intitulado *Arrendamento*, e inicia (art. 196) tratando do "arrendamento de coisas", que evidentemente não é o caso dos autos.

Não é crível que muitos juízes e tribunais apliquem o Código Bustamante para países como, *v.g.*, a Itália, que é o país de bandeira de inúmeros navios estrangeiros de cruzeiro, dado que o Código somente pode ser aplicado para Estados-partes, que são apenas 16 países latino americanos, quais sejam: Bahamas, Bolívia, Chile, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru, El Salvador e Venezuela.

A rota que faz um navio de cruzeiro ou o seu tráfego por águas brasileiras ou internacionais, à luz do Direito Internacional Privado do trabalho, em nada interfere na legislação aplicável às relações de trabalho dos tripulantes da embarcação, dado que o contrato foi concluído no Brasil e a legislação brasileira mais favorável tem aplicação imediata.

Nesse exato sentido já decidiram várias turmas do TST, como a 3ª, a 5ª e a 8ª Turmas. Tome-se, como exemplo, acórdão da 3ª Turma do TST, assim ementado:

> (...) 3. EMPREGADA CONTRATADA NO BRASIL. LABOR EM NAVIO DE CRUZEIRO INTERNACIONAL. COMPETÊNCIA TERRITORIAL BRASILEIRA. APLICAÇÃO DAS LEIS NO ESPAÇO. 4. VÍNCULO DE EMPREGO. CONFIGURAÇÃO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 126/TST. Em relação à "competência territorial brasileira" e à "aplicação das leis no espaço", a jurisprudência desta Corte ajustou-se às previsões da Lei n. 7064/82, cujo art. 3º determina a aplicação, aos trabalhadores nacionais contratados ou transferidos para trabalhar no exterior, da lei brasileira de proteção ao trabalho naquilo que não for incompatível com o diploma normativo especial, quando mais favorável do que a legislação territorial estrangeira. No caso vertente, tendo a Reclamante, brasileira, sido contratada no Brasil para trabalhar embarcada em navios, participando de cruzeiros, que

> percorriam tanto águas brasileiras quanto estrangeiras, é inafastável a jurisdição nacional, nos termos do art. 651, § 2º, da CLT. Aplica-se, outrossim, o Direito do Trabalho brasileiro, em face do princípio da norma mais favorável, que foi claramente incorporado pela Lei nº 7.064/1982. Agravo de instrumento desprovido.[24]

Como se nota da ementa transcrita, o Tribunal, depois de entender por competente a Justiça brasileira para o deslinde da causa, entendeu ainda ser aplicado "o Direito do Trabalho brasileiro, em face do princípio da norma mais favorável...", pouco importando a rota do navio e sua navegação por águas nacionais ou internacionais.

Não há, nesse momento histórico por que passa o Direito Internacional Público em geral, e o direito internacional dos direitos humanos, em especial, qualquer critério *rígido* de escolha de normas aplicáveis quando em jogo um *ser humano* na relação jurídica concreta posta *sub judice*, senão a aplicação de fontes simultâneas (em "diálogo") que protejam os direitos dos trabalhadores em forma de mosaico normativo.

Assim, a norma a ser efetivamente aplicada no caso concreto é a que melhor proteja o empregado, independentemente de ser de índole nacional ou internacional.

6. Hierarquia do Código Bustamante no Brasil e relação com a legislação brasileira posterior

O chamado "Código Bustamante" é a Convenção de Direito Internacional Privado, adotada pela 6ª Conferência Internacional Americana, reunida em Havana, e assinada em 20 de fevereiro de 1928. O Brasil depositou seu instrumento de ratificação ao Código Bustamante em Washington, em 3 de agosto de 1929, promulgando-o internamente pelo Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929.

Segundo a jurisprudência atual do STF, quaisquer tratados que não forem de "direitos humanos" incorporam-se ao direito brasileiro com *status* de lei ordinária

---

[24].TST, AIRR 388-58.2012.5.09.0016, 3ª Turma, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, julg. 14.06.2017, *DEJT* 23.06.2017.

(cf. Recurso Extraordinário nº 466.343-SP).[25] Assim, os tratados internacionais comuns ratificados e em vigor no Brasil – segundo a jurisprudência atual do STF – *cedem* perante a lei posterior conflitante, pois guardam “paridade normativa” com o direito ordinário nacional (cf. Recurso Extraordinário 70.004-SE), não obstante essa posição jurisprudencial encontrar reservas de toda índole por parte da melhor doutrina.

Para a *doutrina* internacionalista, no entanto, todo e qualquer tratado deve prevalecer às normas de direito interno, mas com solução de antinomias pós-modernas, é dizer, pautadas pelo diálogo das fontes e na primazia da norma mais favorável à pessoa. Mas, repita-se, para a *jurisprudência* do STF – que não tem seguido a melhor doutrina neste tema – os tratados internacionais *comuns* guardam nível de “lei ordinária” no Brasil, revogando as normas anteriores contrárias, mas cedendo à legislação posterior, ainda que, repita-se, essa solução simplória não ser aceita pela melhor doutrina e ser capaz de responsabilizar o Estado brasileiro no plano internacional.

No que tange à pretensa utilização do Código Bustamante pelas empresas estrangeiras de cruzeiros, ilustre-se com a incongruência do argumento das corporações controladoras das embarcações – muitas delas europeias –, que pretendem ver tal normativa aplicada *sub judice* sem pertencerem, muitas vezes, a país estrangeiro que o *ratificou*, é dizer, a país estranho ao contexto latino-americano.

Quando, porém, argumentam nos termos de outras convenções internacionais, como, *v.g.*, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, fazem questão de referir ter sido *ratificada* a norma internacional por *ambos* os Estados (o da bandeira do navio e o da nacionalidade dos reclamantes).

O Código Bustamante de 1928, repita-se, é norma recepcionada no Brasil com *status* de lei ordinária, segundo a jurisprudência firme do STF, especialmente após o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-SP, de dezembro de 2008, em que assentada a tese de que *apenas* os tratados internacionais de direitos humanos

---

[25] .*V.* MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 39, nº 154, abr.-jun. 2002, p. 15-29.

detêm *status* supralegal no país, e não os tratados internacionais *comuns*, como é o caso do Código Bustamante.

Assim, segundo o STF, as normas do Código Bustamante pretensamente aplicáveis cedem, no plano do Direito Internacional Privado, às normas internas posteriores atrativas do campo de aplicação normativa, como é o caso da Consolidação das Leis do Trabalho e do próprio Código Civil.

À luz do "diálogo das fontes" chegar-se-ia à mesma conclusão, mas por fundamento diverso, pois a validade do Código Bustamante seria mantida (por não poder uma lei interna "revogar" um tratado internacional), mas abrindo mão de sua aplicação para as normas internas (CLT, Código Civil etc.) que guardam ponto de contato mais próximo e coerente com a questão *sub judice*.

Segundo Erik Jayme, a missão dos juízes, num quadro de conflito de leis, é "coordenar essas fontes escutando o que elas dizem", para poder então, aplicando o que as própria fontes decidiram, superar as antinomias entre as normas internacionais e as de direito interno.[26]

Perceba-se que a proposta defendida por Jayme é a de que o julgador "escute" o diálogo das fontes e resolva o caso concreto aplicando *o que elas próprias* decidiram, pois, sabe-se já, as fontes internacionais e internas contêm "cláusulas de diálogo" que intercomunicam os direitos do plano internacional com os do plano interno, sempre com a finalidade de encontrar o melhor direito aplicável ao caso concreto.

Tal permite que a validade da decisão judicial seja aferida por meio de critérios racionais e mais objetivos, exatamente como defendem os constitucionalistas que adotam – relativamente ao conflito entre princípios constitucionais – a técnica da ponderação de bens.

Postas essas premissas, não resta dúvidas que a utilização do "diálogo das fontes" ao caso concreto permite ao julgador encontrar a(s) norma(s) – internacionais ou internas – que *melhor protejam* os trabalhadores em sua

---

[26].JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, vol. 251 (1995), p. 259.

respectiva relação jurídica.[27] Daí porque a(s) norma(s) mais favoráveis brasileiras não podem ser afastadas pela aplicação de normas internacionais, quaisquer que forem, à luz, inclusive, da regra expressa no art. 19, item 8, da Constituição da OIT, que dispõe que "em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação".

Como já expliquei em estudo anterior, o art. 19, § 8º, da Constituição da OIT, é *mais amplo* que o conhecido art. 29, alínea *b*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, que prevê que nenhuma de suas disposições pode ser interpretada no sentido de "limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos *em virtude de leis* de qualquer dos Estados-partes ou *em virtude de Convenções* em que seja parte um dos referidos Estados"; e isso porque, se a Convenção Americana não exclui a possibilidade de *leis internas* ou outras *convenções internacionais* ampliarem o seu âmbito material de incidência, a fim de garantir *para mais* os direitos e liberdades nela reconhecidos, a Constituição da OIT, como se nota, vai mais além e autoriza que também uma *sentença*, um *costume* ou um eventual *acordo* que amplie as garantias trabalhistas consagradas em qualquer convenção ou recomendação internacional do trabalho tenha sua aplicação garantida em detrimento da própria convenção ou recomendação em causa.[28]

Por isso, a disposição referida da Constituição da OIT é *especial* dentre as normas internacionais de proteção dos direitos humanos, reforçando a ideia de que cabe aos juristas em geral (e aos aplicadores do Direito, em especial) compreender o diálogo que todas as fontes jurídicas mantêm entre si, a fim de aplicar sempre a que *mais proteja* o ser humano em um dado caso concreto.

---

[27].*V.* FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito internacional do trabalho*: o estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. São Paulo: LTr, 2016, p. 15-23.

[28].Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Integração das convenções e recomendações da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 79, nº 3, jul.-set. 2003, p. 247.

Portanto, na aplicação de uma convenção internacional do trabalho em um dado caso *sub judice* deve o julgador trabalhista primar por verificar qual a norma *mais benéfica* ao ser humano (trabalhador) sujeito de direitos, se a normativa internacional ou a interna, indistintamente, dado que ambas têm aplicação – uma sem excluir a outra – ao caso concreto, a depender da que seja mais protetiva.

Ao "escutar" o que as fontes dizem – para falar como Erik Jayme –, deve o juiz optar pela aplicação da norma que, no caso concreto, mais proteja os interesses da pessoa, pois tal é exatamente o sentido e o conteúdo do princípio *pro homine*, que abre as possibilidades de o julgador decidir com mais justiça um caso concreto, sem restar "preso" a critérios previamente definidos de solução de antinomias.

7. "Bandeiras de conveniência" e lei aplicável aos contratos de trabalho dos tripulantes

Tem sido comum a utilização, por embarcações estrangeiras de cruzeiro, das chamadas "bandeiras de conveniência", que se verifica quando o Estado em que matriculado o navio (proprietário) não guarda relação com o Estado que a sua atividade econômica é explorada (armador).

O expediente da "bandeira de conveniência" gera dificuldades de aplicação da lei "competente" para eventual demanda relativa à embarcação, dado que o Estado em que matriculado um navio (*v.g.*, Malta) não guarda qualquer relação com o Estado em que a sua atividade econômica é explorada (*v.g.*, Bahamas).

Eventual aplicação da lei do pavilhão a casos tais, se estaria diante de legislação que não guarda relação com a nacionalidade do empregador, local de sua sede, local de prestação dos servidos ou em que fica subordinado o empregado.

Seja como for, certo é que se aplica a lei do país de *registro* ou *matrícula* do navio para as questões de Direito Internacional Privado relativas *às embarcações*, ressalvados tratados específicos a estabelecer critério diverso sobre a lei aplicável, como, *v.g.*, o critério do "vínculo substancial" previsto no art. 91, § 1º da Convenção

das Nações Unidas sobreo Direito do Mar de 1982, ali assim estabelecido justamente para impedir as tais “bandeiras de conveniência”.[29]

Nada similar ocorre, por outro lado, quando em jogo conflito de normas relativas *às pessoas* trabalhadoras de tais embarcações, dado ligar-se o caso à seara trabalhista e sua força normativa de *loi de police* (norma de aplicação imediata) aplicável ao caso concreto.

Por outro lado, se há numa embarcação empregados de várias nacionalidades, cada qual poderá buscar junto ao Poder Judiciário de seu Estado (se contratados nestes Estados) os remédios de reparação e/ou compensação pelos prejuízos sofridos a bordo da embarcação, se a legislação patrial lhe for também *mais favorável*.

Nenhum problema há na aplicação da lei do pavilhão da embarcação, ou de eventual tratado internacional em vigor aos Estados em que ambos os fatos (local do contrato e local registro da embarcação) se deram, desde que seja *mais favorável* ao trabalhador-reclamante.

Porém, no caso que ora nos ocupa, sabe-se já que as normas mais favoráveis são as brasileiras, e não as normas estrangeiras trabalhistas, razão pela qual é de rigor absoluto que se apliquem as garantias previstas na Constituição Federal de 1988 e na Consolidação das Leis do Trabalho, rechaçando a aplicação de legislação estrangeira menos benéfica, por mais especial que seja.

8. Possibilidade de aplicação de normas distintas a tripulantes de outras nacionalidades

Quando se está a tratar da lei aplicável aos contratos de trabalho de tripulantes de navios de cruzeiros marítimos, outra questão sempre suscitada é a relativa à aplicação de normas distintas a tripulantes de diversas nacionalidades.

Argumenta-se que a aplicação de diferentes normatizações aos tripulantes de navios de cruzeiros marítimos de diversas nacionalidades estaria a afrontar o princípio constitucional da isonomia de tratamento e o princípio da igualdade.

---

[29].MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 296.

O argumento, contudo, não prospera se se conhece o *mínimo* do espírito da disciplina nominada *Direito Internacional Privado*, que lida justamente com "conflitos de leis no espaço" com conexão internacional e, como não poderia deixar de ser, com a aplicação de normas (leis, costumes etc.) distintas para também distintas categorias de pessoas.

No entanto, no caso em apreço, se está diante de normas brasileiras de *aplicação imediata*, que são as normas trabalhistas mais benéficas aplicáveis aos trabalhadores de embarcações internacionais contratados no Brasil. Tal faz com quem caia por terra o argumento da não isonomia, pois as *lois de police* existem justamente para *proteger mais* determinadas pessoas em razão da "questão de Estado" que por detrás delas se verifica, especialmente à luz do princípio da igualdade material, que distingue as categorias de pessoas protegidas em razão das legislações mais benéficas aplicáveis.

Quando presente no processo uma norma de aplicação imediata, como é o caso das normas trabalhistas mais benéficas nacionais, não se cogita, em nenhuma hipótese, de buscar a lei indicada pela regra de Direito Internacional Privado da *lex fori* ou determinada por tratado internacional em vigor no Brasil, pois as *lois de police* cortam efeitos (para falar como Pontes de Miranda) às normas eventualmente aplicáveis ao caso concreto.

Por esse exato motivo é que a 2ª Turma do TST, corretamente, já entendeu que "no caso dos autos, é inafastável a jurisdição nacional, nos termos do art. 651, § 2º, da CLT, pois a reclamante, brasileira, foi contratada no Brasil para prestar serviços a bordo de embarcação estrangeira, percorrendo tanto águas brasileiras quanto estrangeiras", reconhecendo que "não remanesce nenhum impedimento à aplicação da legislação do Brasil, naquilo que for mais favorável à reclamante", além do que a "aplicação de distintos diplomas jurídicos a empregados brasileiros e outros trabalhadores estrangeiros não encerra discriminação entre nacionalidades, eis que fundada em aspectos objetivos da relação laboral – no caso, empregada contratada no Brasil para trabalhar também em águas nacionais – e não em critério subjetivo do trabalhador".[30]

[30] .TST, RR-10165-37.2016.5.09.0013, 2ª Turma, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, *DEJT* 07.02.2020.

Ainda que sem a utilização da nomenclatura *lois de police*, o que fez o TST foi atribuir primazia às normas nacionais mais protetivas em detrimento de normas estrangeiras, ou, até mesmo, internacionais (provenientes de tratados) menos benéficas, e andando assim agiu bem e corretamente, pois essa é a solução desejada pelo Direito Internacional Privado pós-moderno, que tem na pessoa humana o seu núcleo duro de proteção jurídica.

Nesse mesmo sentido, também a 6ª Turma do TST entendeu, corretamente, que a situação apresentada não viola o princípio da isonomia, nestes precisos termos:

> (...) 7 - Não afronta o princípio da isonomia a aplicação da legislação brasileira mais favorável aos trabalhadores brasileiros e a aplicação de outra legislação aos trabalhadores estrangeiros no mesmo navio. Nesse caso há diferenciação entre trabalhadores baseada em critérios objetivos (regência legislativa distinta), e não discriminação fundada em critérios subjetivos oriundos de condições e/ou características pessoais dos trabalhadores.[31]

Ademais, sabe-se que o Direito Internacional Privado é o braço do direito público que lida com desigualdade de normas, e é típico da disciplina a aplicação de legislações diferentes a pessoas distintas; o que se visa não é igualar pelo nível *menor* de proteção tais trabalhadores, senão pelo reconhecimento de direitos mais benéficos expressos nas normas internas brasileiras, nos respectivos casos concretos.

Ademais, é sabido que uma mesma situação jurídica, em Direito Internacional Privado, pode atrair a competência de duas, três ou várias legislações aplicáveis, a depender do domicílio e/ou nacionalidade das partes envolvidas na relação jurídica, e tal jamais foi interpretado como violador do princípio da isonomia, pois é do espírito da disciplina a indicação de leis específicas para a regência de situações também específicas, a depender dos elementos de conexão (domicílio, nacionalidade, lugar da conclusão do contrato etc.) presentes no caso concreto.

---

[31]. TST, ARR-11800-08.2016.5.09.0028, 6ª Turma, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, *DEJT* 11.04.2019.

Portanto, não há que se falar em quebra da isonomia – com outros trabalhadores estrangeiros, contratados em outros países – na aplicação da legislação brasileira para os empregados contratados ou pré-contratados no Brasil para prestarem serviços a bordo de navios de cruzeiros internacionais.

9. Inexistência de analogia entre o art. 178 da Constituição e as relações de trabalho com empresas de cruzeiros marítimos

Uma questão que tem aparecido para justificar a tese ilegal que as empresas de cruzeiros marítimos pretendem defender diz respeito à aplicação analógica do art. 178 da Constituição de 1988 às relações de trabalho entre tripulantes contratados no Brasil e empresas de cruzeiros marítimos de bandeira estrangeira.

A questão surge pelo fato de o STF ter fixado a tese de que "nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor" (*v*. Recurso Extraordinário nº 636.331; Agravo em Recurso Extraordinário nº 766.681).

A decisão do STF foi extremamente criticada por ter feito tábula rasa do princípio da norma mais favorável e por ter aplicado *friamente* uma norma internacional sem cotejo ou "diálogo" com as normas do direito interno, como prevê a solução contemporânea de conflitos entre tratados e normas de direito interno quando em pauta uma questão de direitos humanos *lato sensu*.

Seja como for, certo é que nenhuma analogia há que se fazer entre a decisão do STF relativa ao extravio de bagagens no transporte aéreo, que está ligada ao *quantum* indenizatório, com a questão do *trabalho* em empresas de cruzeiro, que diz respeito à situação de trabalhadores com contratos firmados no Brasil para exercerem atividades em águas territoriais, em alto-mar ou águas estrangeiras, indistintamente.

A impossibilidade de analogia provém do fato de, no caso dos trabalhadores, se estar diante de normas de aplicação imediata (*lois de police*) impeditivas da procura de outra legislação potencialmente aplicável, ainda que prevista em

tratados internacionais ou determinadas pelas regras do Direito Internacional Privado da *lex fori*.

De fato, não há que se comparar um caso relativo a extravio de bagagens e de indenizações por evento dessa natureza com aquele atinente à proteção jurídica de um ser humano trabalhador, mesmo porque, no caso do extravio de bagagens, há norma expressa na Constituição sobre o tema, o que não é o caso dos contratos de trabalho para serviços em embarcações de cruzeiro.

Segundo o art. 178 da Constituição de 1988, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional 7/1995, "a lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade".

É absolutamente nítido que não existe regra semelhante à questão que ora nos ocupa, razão pela qual toda analogia sobre o tema será interpretada *in malam partem*, o que não é juridicamente possível tratando-se de proteção ao direitos reconhecidos por lei a ser humano trabalhador.

No caso dos trabalhadores brasileiros contratados para laborar em navios estrangeiros em tráfego por águas nacionais ou internacionais, aplica-se o art. 3º, II, da Lei nº 7.064/82, segundo o qual "a empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços: (...) II – a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria".

Portanto, é completamente impertinente a pretensão de aplicação analógica do art. 178 da Constituição Federal de 1988 – independente do mérito dessa decisão no seio do STF, que poderá ser objeto de críticas em outro lugar – às relações de trabalho entre tripulantes contratados no Brasil e empresas de cruzeiros marítimos de bandeira estrangeira.

No julgamento da Reclamação nº 36.850/DF, em 30 de setembro de 2019, o relator Min. Ricardo Lewandowski confirmou expressamente esse entendimento para afastar qualquer aplicabilidade do precedente proferido no processo que julgou o Tema 210 da repercussão geral – limitação de indenizações por danos

decorrentes de extravio de bagagem com fundamento na Convenção de Varsóvia – à questão relativa à legislação aplicável a trabalhadores contratados no Brasil para laborar em navios de cruzeiros marítimos.[32]

Naquele julgamento, o relator, Min. Ricardo Lewandowski, aduziu tratar-se de "debate entre tratados internacionais de transporte marítimo – Código de Bustamante (Lei da Bandeira) e Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos do Mar (1982) – em relação à legislação interna ordinária – Lei 7.064/82 – e aos preceitos constitucionais de proteção ao trabalho", reconhecendo, expressamente, que "[e]sse assunto não foi parte do Tema 210, logo não tem o efeito vinculante necessário a sustentar um pedido de reclamação constitucional".

Assim, nenhuma analogia existe entre o caso relativo ao extravio de bagagens em voos internacionais e o relativo às normas aplicáveis aos trabalhadores de navios de cruzeiros marítimos contratados ou pré-contratados no Brasil.

10. Relação da Convenção nº 186 da OIT com as normas brasileiras de proteção ao trabalhador

No plano internacional, é a Convenção nº 186 da OIT (2006) – chamada de *Maritime Labor Convention* ou *Convenção sobre Trabalho Marítimo* – a responsável por regular o trabalho marítimo e estabelecer os princípios a ele aplicáveis. A Convenção nº 186 é norma de *hard law* e, uma vez em vigor no Estado, tem aplicabilidade direta no plano interno, devendo ser observada pelo Poder Judiciário local.

O Brasil depositou, junto ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, em 7 de maio de 2020, o instrumento de ratificação da *Convenção sobre Trabalho Marítimo*, tendo o seu texto sido promulgado internamente pelo Decreto nº 10.671, de 9 de abril de 2021. A Convenção entrou em vigou para a República Federativa do Brasil, no plano jurídico externo, em 7 de maio de 2021, nos termos de seu art. VIII, parágrafo 3º, segundo o qual "esta Convenção entrará em vigor 12 meses a contar da data em que houver sido registrada a ratificação por pelo menos

[32].STF, Rec. 36.850/DF, Rel. Min. Ricardo Lawandowski, julg. 30.09.2019.

30 Membros, que em conjunto possuam no mínimo 33% da arqueação bruta da frota mundial".

A Convenção em tela pretende ser a grande carta laboral internacional do trabalho marítimo, pelo estabelecimento de um conjunto normativo sólido de direitos e princípios, visando especialmente à aplicação de norma única às relações de trabalho assim concebidas.

A questão que se põe é saber quais impactos a *Convenção sobre Trabalho Marítimo* traz para o cenário jus-trabalhista brasileiro, bem assim quais conflitos normativos podem surgir entre as disposições da Convenção e as leis brasileiras aplicáveis à contratação de brasileiros para exercerem atividades em embarcações estrangeiras.

De início, destaque-se que, já no preâmbulo da Convenção fica nítido o desejo Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho em criar um documento único e coerente que incorpore tanto quanto possível todas as normas atualizadas das Convenções e Recomendações internacionais existentes sobre Trabalho Marítimo, bem como princípios fundamentais de outras Convenções internacionais sobre trabalho, particularmente nas seguintes: *a*) a Convenção sobre o Trabalho Forçado, 1930 (nº 29); *b*) a Convenção sobre a Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical, 1948 (nº 87); *c*) Convenção sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, 1949 (nº 98); *d*) a Convenção sobre Igualdade de Remuneração, 1951 (nº 100); *e*) a Convenção sobre a Abolição do Trabalho Forçado, 1957 (nº 105); *f*) a Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (nº 111); *g*) a Convenção sobre a Idade Mínima, 1973 (nº 138); e *h*) a Convenção sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil, 1999 (nº 182).

Tendo sido ratificada e estando em vigor no Brasil, Convenção referida obriga o Estado brasileiro em todos os seus termos, não obstante sua aplicabilidade encontrar-se limitada pela possibilidade de o Poder Judiciário aplicar tanto outras convenções internacionais do trabalho pertinentes (como a própria Constituição da OIT) quanto normas do direito interno brasileiro, tais a Constituição e a CLT, à luz do "diálogo das fontes" já referido e do princípio internacional *pro homine*.

Esse entendimento vem expresso, como já se disse, no próprio preâmbulo da Convenção, ao relembrar "o parágrafo 8º do Artigo 19 da Constituição da

Organização Internacional do Trabalho, que determina que, de modo algum a adoção de qualquer Convenção ou Recomendação pela Conferência ou a ratificação de qualquer Convenção por qualquer Membro poderá afetar lei, decisão, costume ou acordo que assegure condições mais favoráveis aos trabalhadores do que as condições previstas pela Convenção ou Recomendação".

A mesma ideia – aplicação da norma *mais favorável* aos trabalhadores – se repete em vários outros dispositivos da Convenção, que não excluem a aplicação de normas mais favoráveis para todo o texto do tratado (*v.g.*, art. V, parágrafo 7º; Regra 4.5, parágrafo 1º; Diretriz B4.5, parágrafo 3º).

Frise-se, no entanto, que todo tratado internacional em vigor em determinado Estado terá efeitos apenas *ex nunc*, é dizer, sempre *a partir* de sua ratificação, pois é uma característica da ratificação de tratados o de ser "ato irretroativo", como explico em detalhes no livro *Direito dos Tratados*, ao dizer que "um tratado só passa a ser considerado efetivo para os Estados *a partir* da ratificação, entendendo-se como tal a troca ou depósito dos seus instrumentos constitutivos em Estado ou organismo para esse fim designado".[33]

A ideia de que a aplicação da Convenção aos casos em que aplicada será lei da bandeira da embarcação (pois, em tais casos, tem-se que Estado da bandeira *ratificou* a Convenção) é correta desde que *ambos* sejam partes desse tratado internacional.

Que fique clara esta ideia: *todo* e *qualquer* tratado internacional de direitos humanos ratificado e em vigor no Estado é aplicável *apenas* do que for *mais benéfico* ao cidadão sujeito de direitos, como demonstram vários instrumentos internacionais de proteção tanto do plano global (ONU) quanto dos sistemas regionais de direitos humanos (OEA e Conselho da Europa) e, inclusive, nesse particular, a própria *Convenção sobre Trabalho Marítimo*, que – diga-se mais uma vez – prevê em seu preâmbulo que, de modo algum, a adoção de qualquer convenção ou recomendação pela Conferência Internacional do Trabalho ou a ratificação de qualquer convenção por qualquer Estado-membro "poderá afetar lei,

---

[33].MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 153-154.

decisão, costume ou acordo que assegure condições mais favoráveis aos trabalhadores do que as condições previstas pela Convenção ou Recomendação".

Perceba-se a redação do preâmbulo da Convenção a determinar que a sua aplicabilidade no Estado-parte não pode, de modo algum, afetar *lei*, *decisão*, *costume* ou *acordo* que assegure condições mais favoráveis aos trabalhadores.

Esse leque aberto pelo preâmbulo do tratado não deixa dúvidas de que as normas internas brasileiras (leis) e as sentenças judiciárias (decisões) mais favoráveis aos trabalhadores têm prevalência sobre o texto da Convenção, com é, aliás, a tendência atual do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que estabelece primazia sempre à norma mais favorável ao sujeito de direitos.

A Convenção não revogou, por esse motivo, e segundo a sua própria autorização preambular, as normas da Lei nº 7.064, de 6 de dezembro de 1982, em especial o seu art. 3º, II, que dispõe que "a empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços: (...) II – a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria".

Portanto, mesmo tendo a Convenção entrado em vigor no Brasil, certo é que seus preceitos não podem contrariar as normas mais favoráveis brasileiras, nos termos do que prevê a Constituição da OIT, que é o tratado-regente da matéria em nível global, quando assegura que "em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação".

A Convenção da OIT em causa estabelece não mais do que um patamar *mínimo* de proteção ao trabalhador para os casos que estabelece, dado que as normas do Direito Internacional Público são sempre secundárias e subsidiárias das do direito interno em matéria de proteção dos direitos humanos.

De fato, quando se diz que um direito ou garantia é resguardado pelo direito internacional, se está a referir que *o mínimo* relativo àquele direito ou àquela garantia

está a ser protegido, e não *o máximo*; tal significa que, se no plano interno, a proteção for *maior*, deve obrigatoriamente prevalecer, pois o princípio *pro homine* é o regente e gestor do sistema internacional de proteção dos direitos humanos contemporâneo.

É absolutamente equivocado dizer que, em tais casos, *não se estaria a respeitar* os tratados internacionais, senão o contrário; um tratado de direitos humanos é mais respeitado quanto mais se aplicam as normas (notadamente internas) *mais benéficas* de proteção, à luz do que os próprios instrumentos internacionais deixam entrever, a exemplo do que dispõe o já citado art. 19, item 8, da Constituição da OIT.

Perceba-se: *em caso algum*... pode um tratado adotado pela Conferência Internacional do Trabalho *afetar qualquer lei* – como, *v.g.* a CLT brasileira – que assegure aos trabalhadores interessados condições *mais favoráveis* que as previstas pela Convenção, especialmente quando se sabe (e é nítido pela leitura da Convenção) que suas normas são mais genéricas do que concretas, podendo prejudicar horas extras e vários outros direitos trabalhistas nesses casos de labor extraordinário.

No que tange aos contratos de trabalho findos e às ações já ajuizadas a novel *Convenção sobre Trabalho Marítimo* não se aplica, pois os tratados internacionais têm efeitos *ex nunc*, valendo sempre *a partir* de sua ratificação e entrada em vigor no Estado, sem retroagir (*v. supra*).

Tal significa que, nos processos em curso, as normas aplicáveis serão as do tempo do ajuizamento da ação, em vigor no momento da propositura da demanda; a aplicação da *Convenção sobre Trabalho Marítimo* terá lugar, assim, para as ações ajuizadas a partir de 7 de maio de 2021, data em que a Convenção entrou em vigor para o Brasil na órbita externa, vinculando o Estado brasileiro em suas relações com os demais Estados-partes desse instrumento internacional.

11. Invalidade dos Termos de Ajustamento de Conduta firmados com empresas de cruzeiro em desconformidade com o art. 3º, II, da Lei nº 7.064/82

O Ministério Público do Trabalho – MPT tem firmado Termos de Ajustamento de Conduta (TACs) com empresas de cruzeiros marítimos associadas à Associação

Brasileira de Cruzeiros Marítimos – CLIA Brasil. Nesses instrumentos têm sido determinada a exclusão da legislação brasileira "para reger a relação internacional de trabalho marítimo dos tripulantes, exceto quando os tripulantes brasileiros prestarem serviço apenas na costa brasileira".[34]

Em tais TACs pretende-se proteger "os brasileiros recrutados no Brasil e embarcados para laborar apenas durante a temporada de cruzeiros marítimos pela costa brasileira", caso em que "deverão ser formalmente contratados pela empresa estabelecida no Brasil ou na ausência desta, pelo agente marítimo responsável pela operação da embarcação, cujo contrato de trabalho será escrito, no idioma português e vinculado à legislação trabalhista brasileira aplicável à espécie", conforme se infere da cláusula 1, item *b* de TAC firmado em 2010, que foi reiterada em TAC firmado em 2016, no art. 2º, § 2º do referido ajuste.

As empresas de cruzeiro têm alegado, em diversos processos na Justiça do Trabalho brasileira, que o TAC nº 308/2016 firmado com o MPT estaria a afastar a aplicação da lei brasileira, ao dispor que "a legislação trabalhista brasileira não se aplicará aos tripulantes brasileiros contratados por intermédio de contratos internacionais de trabalho, firmados para laborarem em embarcações que realizem exclusivamente as temporadas internacionais de cruzeiros e não atraquem/fundeiem portos nacionais" (art. 2º), bem assim que "a legislação trabalhista brasileira também não se aplicará aos tripulantes brasileiros, cujo contrato internacional de trabalho seja firmado por prazo superior daquele definido no parágrafo 3º, do art. 1º, como temporada nacional".

Como poderia, o Ministério Público do Trabalho, determinar que a legislação brasileira "não se aplicará" aos tripulantes brasileiros em tais casos? À evidência que, nessa hipótese, o Termo de Ajustamento de Conduta extrapolou critério legal brasileiro, não podendo, nessa parte, ser considerado.

Sempre que um TAC invadir competência *legal* sobre a matéria, o que ali foi ajustado não poderá jamais prosperar, pois instrumentos dessa natureza não têm força normativa quer para contrariar as normas em vigor no país ou para determinar o cumprimento de tratados internacionais não ratificados.

---

[34].TAC nº 308/2016.

Tout court, nenhum Termo de Ajustamento de Conduta tem valor normativo (e jurídico) para superar norma expressa na legislação pátria, razão pela qual um argumento nele baseado há de ser rechaçado pelo Poder Judiciário quando da análise da norma aplicável ao caso concreto.

Entender de outra maneira seria subversivo de princípios constitucionais e internacionais que garantem primazia hierárquica das normas aprovadas pelo Parlamento (normas internas) e pela sociedade internacional (normas internacionais) sobre ajustes que não guardam qualquer paralelo com a atividade legislativa do Estado.

Em segundo lugar, desses Termos de Ajustamento de Conduta não participaram as legítimas entidades representativas dos trabalhadores, razão pela qual não devem prosperar *ad argumentum* perante o Poder Judiciário pátrio.

Os Termos de Ajustamento de Conduta são instrumentos relevantes no universo jurídico para a solução extrajudicial de conflitos de interesses, fazendo com que aqueles que agridem interesses jurídicos adequem suas condutas às exigências legais.

Tais instrumentos, no entanto, não são superiores às leis nacionais em vigor e/ou a instrumentos internacionais ratificados e em vigor no Estado, não obstante a importância de que se revestem internamente para fins de ajuste de condutas de empresas que têm contrariado a ordem jurídica posta no Brasil.

Conclusão

Ao cabo desta exposição teórica, penso ter esclarecido ponto a ponto as dúvidas que o tema em apreço suscita no Brasil. Restou claro, ao longo deste estudo, que nada – nem leis ou normas internacionais menos protetoras – pode afastar a aplicação de normas mais benéficas ao caso dos contratos (ou pré-contratos) de trabalho de tripulantes de navios de cruzeiros marítimos de bandeira estrangeira, quer naveguem em águas nacionais ou internacionais.

A Justiça do Trabalho brasileira é competente para julgar causas envolvendo trabalhadores contratados no Brasil para exercer atividades em outra localidade por força dos §§ 2º e 3º do art. 651 da CLT, que excepcionam a regra do local da

prestação dos serviços quando o empregador promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, circunstância que assegura ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços. A jurisprudência do c. Tribunal Superior do Trabalho é consolidada nesse sentido.

No que diz respeito ao reconhecimento da contratação do trabalhador em solo brasileiro, se o recrutamento, a entrevista, a aprovação do(s) selecionado(a) e a negociação das condições de trabalho e de remuneração deram-se no Brasil, aqui se constituiu a obrigação jurídica entre as partes, conforme entendimento ratificado pela Recomendação nº 198 da OIT relativa à relação de trabalho, especialmente em seus arts. 11, alínea *b*, e 13. Ademais, se há provas de que a proposta foi realizada no Brasil, não ficam dúvidas de que o contrato (ou pré-contrato) de trabalho foi no Brasil efetivamente celebrado, por força do que dispõe o art. 435 do Código Civil brasileiro, segundo o qual "reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto".

As normas trabalhistas, ademais, têm aplicação imediata no Brasil por serem *lois de police*, ou seja, normas que atingem o plano do Direito Internacional Privado com primazia em relação a eventual legislação estrangeira aplicável. Esse caráter fica nítido da leitura do art. 3º, II, da Lei nº 7.064, de 6 de dezembro de 1982, que regula a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para o exterior e determina "a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria".

A fortiori, sendo a lei brasileira mais benéfica aos trabalhadores, não há dúvidas que deve prevalecer sobre normas estrangeiras e, até mesmo, sobre tratados internacionais de que o Brasil é parte, pois o princípio da primazia da norma mais favorável é axiologicamente superior a quaisquer outros que indicam outras leis ou normas internas ou internacionais (menos benéficas) ao caso concreto, certo de que as próprias normas internacionais contêm "cláusulas de diálogo" ou "vasos comunicantes" que autorizam a aplicação das normas mais favoráveis ao cidadão sujeito de direitos.

Por este cenário, verifica-se que o TST tem reiteradamente *acertado* na tese da competência da Justiça do Trabalho e da incidência da legislação brasileira mais favorável à regência de tais casos concretos, quando empregadores são corporações de cruzeiros marítimos e o trabalho se dá nas embarcações, independentemente da rota do navio e do local (águas brasileiras ou internacionais) por onde trafega.

Referências bibliográficas

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008.

ARANTES, Denise. Trabalhadores de cruzeiros marítimos e legislação. *Portogente*, edição de 24.01.2020

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Do pré-contrato de trabalho*: o contrato preliminar de trabalho no *iter* da contratação laboral – abordagem comparativa e jusfundamental. São Paulo: LTr, 2010.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Direito internacional do trabalho*: o estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. São Paulo: LTr, 2016.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, v. 251 (1995), p. 9-267.

MARQUES, Claudia Lima, *Manual de direito do consumidor*, 2. tir. (com Antônio Herman V. Benjamin e Leonardo Roscoe Bessa), São Paulo: RT, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 51, São Paulo: RT, jul./set./2004, p. 34-67.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, nº 53, jun. 2000.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 39, nº 154, abr.-jun. 2002, p. 15-29.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Integração das convenções e recomendações da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 79, nº 3, jul.-set. 2003, p. 233-254.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

34. INGO WOLFGANG SARLET: AO MODO DE UM PERFIL

https://doi.org/10.36592/9786554600668-34

Wilson Antônio Steinmetz[1]

I

Nos primeiros anos do novo século, Ingo Wolfgang Sarlet tornara-se autor de referência nos estudos e nas investigações sobre direitos fundamentais no âmbito do direito constitucional brasileiro. Nos anos seguintes, Sarlet alçou a posição de um dos juristas mais citados, no meio acadêmico e fora dele, e um dos mais influentes daquela que denomino primeira geração de constitucionalistas pós-88.[2]

Traçar o perfil intelectual, mesmo que parcial ou incompleto, de um autor que, há quase três décadas, produz intensamente sobre direitos fundamentais e outros temas de direito constitucional é pretensioso. Sarlet publicou livros, dezenas de artigos, solos e em coautoria, e organizou inúmeras coletâneas com autores nacionais e estrangeiros. Traçar o perfil intelectual de um autor vivo é duplamente pretensioso, porque as implicações esperadas e inesperadas das ideias e do estilo e os efeitos duradouros das ideias dependem de diferentes variáveis e filtros em um horizonte mais longo de tempo. Dependem da evolução e dos desdobramentos das agendas de pesquisa e discussões – temas, problemas, teorias, interpretações – na área de conhecimento. Dependem dos acontecimentos e das transformações que o futuro nos reserva no campo do Direito, da política e das relações sociais, sobremaneira nos âmbitos próprios de regulação constitucional Dependem do cuidado e do rigor com a genealogia e crédito das ideias pela comunidade científica no presente e no futuro.[3]

---

[1] Universidade de Caxias do Sul e Universidade do Oeste de Santa Catarina.
CV: http://lattes.cnpq.br/4342137734540487; ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0519-6201

[2] Além de Ingo Wolfgang Sarlet, nesta geração de constitucionalistas destacam-se Clèmerson Merlin Clève, Gilmar Ferreira Mendes, Lenio Luiz Streck, Luís Roberto Barroso, Marcelo Neves, para citar alguns. Essa geração foi precedida por constitucionalistas também expressivos e muito influentes, inclusive no pós-88, como José Afonso da Silva, Paulo Bonavides, Raul Machado Horta, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Celso Ribeiro Bastos.

[3] Na comunidade dos pesquisadores do direito, não é raro atribuírem-se ideias e argumentos ao autor que cita em vez de ao autor citado. Atribui-se uma ideia ou um argumento ao autor *P* quando na

Dadas essas limitações – outras poderiam ser apontadas – ensaio um breve perfil a partir de um recorte: obras que considero essenciais na trajetória intelectual de Sarlet, que lhe dão identidade como pesquisador profissional e que o incluem no ranking dos autores nacionais mais citados na área do Direito.[4]

II

A eficácia dos direitos fundamentais,[5] publicado em 1998, é a principal obra de Sarlet. Embora o título indicasse eficácia (jurídica) como centro temático, os leitores encontraram nesse livro uma exposição, minuciosa e abrangente, de conceitos e problemas de direitos fundamentais. Após nove edições - com revisões, atualizações e acréscimos - na décima, introduziu-se no título **uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.**[6] O título passou a retratar adequadamente o conteúdo e a extensão da obra. Em 2019, a obra cruzou as fronteiras nacionais, ao ser traduzida e publicada em espanhol.[7]

O elevado e duradouro impacto de **A eficácia dos direitos fundamentais** tem causas diversas. A obra orienta-se por uma abordagem sistemática, predicado indispensável à racionalidade e funcionalidade da teoria e da dogmática dos direitos fundamentais. A organização, abrangência e clareza da exposição – embora por vezes Sarlet adote um estilo menos conciso, o que é característico da maioria dos escritores da área do direito – contribuíram para que a leitura da obra ultrapassasse as fronteiras da comunidade especializada dos estudiosos e pesquisadores de direitos fundamentais, concentrada nos programas de pós-graduação *stricto sensu* em direito.

---

verdade a ideia ou o argumento é do autor *Q* que fora citado pelo autor *P* no livro *R*. Trata-se do que denomino "*apud* oculto". É um descuido que contraria as exigências da integridade e das boas práticas científicas.

[4] Em 22 de julho de 2023, o Google Scholar registrava 28.257 citações, índice h 47 e índice i10 114 para "Ingo Wolfgang Sarlet". Na mesma data, Academia Advanced Search registrava 13.957 resultados para "Ingo Wolfgang Sarlet".

[5] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

[6] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010 (13ª edição em 2018).

[7] SARLET, Ingo Wolfgang. **La eficacia de los derechos fundamentales: una teoría desde la perspectiva constitucional.** Lima, Peru: Palestra Editores, 2019.

A obra tornou-se um livro-texto sobre direitos fundamentais, alcançando o interesse e uso de discentes de graduação e de pós-graduação *lato sensu* e da comunidade mais ampla dos operadores do Direito. Desempenha, desde o início, funções formativas e didático-pedagógicas, o que talvez não tenha sido intencionado ou imaginado originariamente pelo autor, ao menos na amplitude alcançada.

Por fim, os estudos e as investigações de doutoramento de Sarlet na Ludwig-Maximilians-Universität, com obtenção do título acadêmico em 1997, oportunizou o acesso direto às desenvolvidas e sofisticadas teoria e dogmática alemã dos direitos fundamentais. A influência do aparato analítico-conceitual e metodológico germânico alavancou a solidez e qualidade diferenciadas de **A eficácia dos direitos fundamentais**,[8] contribuindo decisivamente para que Sarlet se tornasse um dos autores nacionais da área do Direito mais citados e uma referência nos estudos e investigações de temas e problemas de direitos fundamentais.

III

Publicado em 2001, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**[9] tornou-se um sucesso editorial[10] e obra de referência no estudo e investigação do princípio que, para muitos juristas, é axiologicamente o mais importante – "valor-guia" – da ordem constitucional brasileira. Nos primeiros anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, inúmeros artigos, capítulos de livros e trabalhos em anais de eventos sobre o princípio constitucional da dignidade humana haviam sido publicados. Contudo, ainda não viera a público um trabalho monográfico sistemático com suficiente profundidade dogmático-jurídica que chamasse a atenção da comunidade jurídica especializada em Direito. Nesse sentido, o livro de Sarlet é pioneiro em âmbito nacional.[11]

---

[8] A influência da teoria e da dogmática dos direitos fundamentais de matriz germânica é ampla e profunda no direito constitucional brasileiro do pós-88.
[9] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.
[10] São dez edições em quatorze anos. A última edição é de 2015.
[11] Posteriormente, foram publicados outros trabalhos monográficos relevantes sobre o princípio da dignidade humana, com especial destaque para autores da escola de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ): BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia dos Princípios Constitucionais**: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002;

Nessa obra, Sarlet se propôs a traçar os contornos – conteúdo e alcance – do princípio da dignidade humana, considerando duas perspectivas: a histórico-filosófica e a jurídico-constitucional. Sustentou a tese de que o princípio da dignidade da pessoa humana é norma jurídica fundamental de toda a ordem jurídico-constitucional brasileira. É princípio que orienta a interpretação do conjunto das normas constitucionais, o que denomino recursividade hermenêutica interna à Constituição: princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, normas atributivas de direitos fundamentais, normas de organização, normas de competência e normas estipuladoras de objetivos e tarefas ao Estado. É princípio que incide imperativamente sobre os âmbitos existenciais de regulação, desenvolvimento e aplicação do direito público e do direito privado infraconstitucionais. Explicitou os pontos de conexão entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais e apontou as implicações jurídico-dogmáticas dessa conexão. Argumentou que a dignidade humana não é um direito fundamental, mas princípio objetivo. Dessa tese, deduziu, entre outras implicações, que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser usado como parâmetro de controle de justificação constitucional das intervenções estatais no âmbito de proteção de direitos fundamentais, constituindo-se em um limite à intensidade das intervenções.

Um dos pontos altos da obra é a definição de dignidade humana proposta por Sarlet. Na literatura especializada, nacional e internacional, são recorrentes definições negativas. Definir dignidade humana por aquilo que ela não é. Raras são as definições positivas. Sarlet enuncia uma definição positiva, que cito diretamente em toda a sua extensão:

> "[...] temos por dignidade da pessoa humana *a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade , implicando, neste sentido, um complexo de*

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial.** Belo Horizonte: Forum, 2012; SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

> *direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano , como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos*" [itálico no original].[12]

Essa é uma das definições de dignidade humana mais citadas na literatura constitucional especializada nacional.

É um dos primeiros trabalhos – se não for o primeiro, ao menos de forma minuciosa – a enfrentar no Brasil o juridicamente controverso e moralmente sensível problema do caráter absoluto (ou relativo) do princípio da dignidade da pessoa humana. Sarlet apresenta as diferentes dimensões do problema (*e.g.*, a questão em abstrato, como hipótese teórica, e em concreto, no banco de provas do mundo da vida brasileiro); identifica os diferentes argumentos a favor e contra a relativização; e aponta implicações e dilemas de se adotar uma tese ou outra, ou seja, a tese da absolutização ou a tese da relativização. Ao menos na primeira edição da obra, Sarlet preferiu um posicionamento cauteloso a um mais claro e incisivo, o que causa no leitor dúvidas interpretativas sobre qual seria, de fato, a tese ou posição do autor sobre o problema.

Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 é uma obra fundamental na trajetória intelectual de Sarlet e contribuiu para torná-lo um dos constitucionalistas mais citados do país.

IV

Nos primeiros anos do século 21, nova e adicional demanda apresentou-se a Sarlet: orientações de discentes de mestrado e doutorado em temas de direito ambiental no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Abria-se então um novo campo não só de

[12] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 60.

atividades de orientações, mas também de investigações, publicações, conferências, pareceres e outras produções intelectuais e técnicas.

O interesse pelo direito ambiental oportunizou a formação de parceria intelectual com Tiago Fensterseifer. Ao olhar de um observador externo, é a mais sintonizada, produtiva e duradoura parceria de Sarlet em quase três décadas de publicações.[13] Ambos se tornaram rapidamente, em nível nacional, autores de referência em direito constitucional ambiental, uma das linhas de investigação mais férteis e importantes do direito ambiental em razão da minuciosa e abrangente constitucionalização do meio ambiente no Brasil.[14]

Além do fato de terem sido publicados livros, coletâneas e artigos, constituindo volumosa e expressiva produção intelectual, o que explica o impacto é o uso do aparato analítico-conceitual e metodológico da teoria e dogmática dos direitos fundamentais na investigação de questões centrais e temas conexos ao direito fundamental ao meio ambiente.

---

[13] Em consulta ao currículo lattes de Ingo Wolfgang Sarlet (http://lattes.cnpq.br/7185324846597616) realizada em 20 de julho de 2023, localizei 79 menções ao nome de Tiago Fensterseifer. A ampla maioria das menções refere-se a produções intelectuais e técnicas em parceria (coautoria). Há também menções relativas a atividades acadêmicas como orientações concluídas e participação em grupos e projetos de pesquisa. Assim, para que não haja confusão, as 79 menções não equivalem ao mesmo número de produções intelectuais e técnicas.

[14] Não são pioneiros na abertura e desenvolvimento dessa específica linha de estudos e pesquisa. Contribuições sistemáticas relevantes foram dadas por José Afonso da Silva (**Direito ambiental constitucional.** São Paulo: Malheiros Editores, 1994), por Antônio Herman Benjamin (Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.) **Direito constitucional ambiental brasileiro.** 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57-130; e BENJAMIN, Antônio Herman. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v. 19, n. 1, p. 37-80jan./jun. 2008) e Patryck de Araujo Ayala, autor de vasta produção intelectual na linha do direito constitucional ambiental, como pode ser verificado no seu currículo lattes (http://lattes.cnpq.br/3409702557751746). Aqui é necessário um registro explicativo adicional. A referência a esses autores toma em consideração o que me parecem ser as contribuições mais expressivas (e citadas) do ponto de vista sistemático na ***específica*** linha de pesquisa do direito constitucional ambiental. Se considerarmos a produção intelectual mais diversificada e ampla sobre temas e problemas de direito ambiental, a menção a autores como Paulo Affonso Leme Machado, José Rubens Morato Leite, Paulo de Bessa Antunes, Celso Antônio Pacheco Fiorillo, Patricia Faga Iglecias Lemos, Talden Farias e Gabriel Wedy, entre outros autores, seria obrigatória. Dadas a abundante produção intelectual em direito ambiental no após-1988 e as inescapáveis insuficiência e parcialidade informativas do agente, toda seleção poderá, em algum grau, ser considerada arbitrária, parcial ou injusta por algum observador em posição temporal, espacial e/ou institucionalmente mais privilegiada.

Nesse âmbito de publicações, o livro **Direito constitucional ambiental: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente**[15] é um marco relevante. Destacam-se ainda o livro **Princípios do direito ambiental**[16] e a coletânea **Estado socioambiental e direitos fundamentais.**[17]

V

Nos últimos anos, Sarlet publicou inúmeros trabalhos, autorais e em coautoria, sobre temas e problemas de direitos fundamentais no contexto da atual sociedade tecnológica e digital. É cedo para avaliar, com segurança e correção, o impacto dos trabalhos de Sarlet e de outros autores nacionais na descrição, compreensão e explicação dos problemas e desafios de conformidade, respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais no complexo e dinâmico mundo da sociedade tecnológica e digital. Na comunidade jurídica especializada, especialmente da pós-graduação *stricto sensu* em Direito, nos últimos anos publica-se de forma torrencial – e "exploratória", fato compreensível em razão das mudanças normativas recentes – sobre temas relativos ao direito e à sociedade digital, o que torna trabalhoso a um observador, por mais ágil e atento que seja, identificar e avaliar tendências e impactos.

Nos últimos dez anos, Sarlet abriu uma nova frente no campo dos livros-textos universitários, com **Curso de Direito Constitucional**,[18] em parceria com Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero; **Curso de Direito Ambiental**[19] com Tiago Fensterseifer e, mais recentemente, **Curso de Direito Climático,**[20] com Tiago

[15] SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. A partir da sexta edição, o título foi renomeado para **Direito constitucional ecológico: Constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza** (6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019).

[16] SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental.** São Paulo: Saraiva, 2014 (2ª edição em 2017).

[17] SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Estado socioambiental e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

[18] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2012 (11ª edição em 2022).

[19] SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental.** Rio de Janeiro: Gen, Forense, 2020 (3ª edição em 2022).

[20] SARLET, Ingo Wolfgang; WEDY, Gabriel; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Climático. São Paulo:** Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2023.

Fensterseifer e Gabriel Wedy. É conhecida na pós-graduação *stricto sensu* em Direito as objeções e ressalvas de parte dos docentes - ora em manifestações enfáticas e abertas, ora de forma subliminar e discreta - aos cursos, manuais ou livros-textos. Há quem defenda a proibição de uso e citação desse tipo de produção intelectual em dissertações e teses. Há ainda quem argumente que uma das causas da crise de qualidade acadêmica do Direito no Brasil seria o consumo desse gênero de produção intelectual pelos estudantes matriculados em mais de um milhar e meio de cursos de Direito. As críticas formuladas nesse tom são falácias da generalização. Manuais, cursos ou livros-textos bem escritos, planificados e orientados pelo estado da arte metodológico, conceitual e praxeológico cumprem uma função formativa e didático-pedagógica essencial e contribuem para a ampliação e democratização do acesso ao conhecimento disponível.

VI

Concluo com breve excurso pessoal. No segundo semestre de 2000, eu cursava o doutorado em Direito na Universidade Federal do Paraná sob a orientação de Clèmerson Merlin Clève. Solicitei ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR autorização para frequentar e posteriormente aproveitar a disciplina *Direito Constitucional Contemporâneo* ofertada pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). A disciplina era ministrada por Ingo Wolfgang Sarlet e Humberto Bergmann Ávila. Além do simpático acolhimento ao discente "não regular", Sarlet foi generoso ao me disponibilizar materiais bibliográficos estrangeiros sobre o tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, objeto da minha tese de doutoramento, que já não estavam mais à venda no mercado editorial. Era um tema que lhe interessava e sobre o qual havia publicado capítulo de livro.[21] Com um sorriso, que também era um sinal de advertência, recomendava enfaticamente que não perdesse ou extraviasse os materiais. Atitude preventiva natural de um docente de pós-graduação *stricto*

[21] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000. p. 107-163.

sensu, universo em que, às vezes, livros e outros materiais fazem somente a viagem de ida.

Após receber uma cópia de minha dissertação de mestrado em Direito, defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR no primeiro semestre de 2000, também sob orientação de Clèmerson Merlin Clève, e tomar conhecimento de minha intenção de publicar, Sarlet sugeriu o encaminhamento à Livraria do Advogado Editora. Em 2001, a editora lançava *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*.[22] Suspeito que Sarlet recomendou ao editor a publicação, embora nunca tenha tocado no assunto comigo.

Em retribuição ao acolhimento e generosidade a mim dispensados naquele semestre de 2000, convidei Ingo Wolfgang Sarlet a escrever o prefácio de **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**, versão pública de minha tese de doutorado em Direito, defendida no verão de 2003.[23]

[22] STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.
[23] STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.

35. A TRANSFORMAÇÃO DIGITAL COMO DESAFIO JURÍDICO[1]

 https://doi.org/10.36592/9786554600668-35

Wolfgang Hoffmann-Riem[2]

I. Sobre os Conceitos

1. Disrupção e Transformação

A transformação digital[3] se baseia nas inovações tecnológicas e é acompanhada pelas inovações, ou mesmo disrupções, tecnológicas, econômicas e sociais. O conceito de disrupção se refere, de um lado, aos processos de desintegração de certezas e do abandono de hábitos, e, por outro, à possibilidade de um despertar para o novo, como, por exemplo, a criação de novas estruturas ou o início de processos drásticos de mudança. O termo transformação é empregado quando resultar em mudanças duradouras – por exemplo, em instituições, formas de pensar ou possibilidades tecnológicas, bem como alterações em produtos, serviços ou outras formas de efeitos significativos em termos de oportunidades e riscos na configuração da vida individual e social. As novas tecnologias desenvolvidas no processo de mudança são classificadas como "tecnologias transformadoras".

---

[1] Tradução do texto em alemão por Italo Roberto Fuhrmann, Doutorando em Direito pela PUCRS e Advogado. Revisão da tradução por Mariah Brochado, Professora Titular de Filosofia do Direito e da Tecnologia da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

[2] Professor de Direito e Inovação na Bucerius Law School (Hamburgo/Alemanha). Professor Emérito da Universidade de Hamburgo. Ex-juiz do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

[3] Sobre este conceito, *v. L. Floridi*, Die 4. Revolution - Wie die Infosphäre unser Leben verändert, 2015; *A. Bounfour*, Digital Futures, Digital Transformation, 2016; *F. Stalder*, Kultur der Digitalität, 2016; *I. Cole*, Digitale Transformation, 2. Ed. 2017; *C. Keese*, Silicon Germany: Wie wir die digitale Transformation schaffen, 2017; O. Stengel/A. van Looy/S. Wallaschkowski (Orgs.), Digitalzeitalter - Digitalgesellschaft: Das Ende des Industriezeitalters und der Beginn einer neuen Epoche, 2017; *V. Mayer-Schönberger/T. Ramge*, Das Digital. Markt, Wertschöpfung und Gerechtigkeit im Datenkapitalismus, 2017; *A. Rolf*, Weltmacht Vereinigte Daten. Die Invasion des Digitalen verstehen, 2018; B. Kolany-Raiser/R. Heil/C. Orwat/T. Hoeren (Orgs.), Big Data und Gesellschaft: Eine multidisziplinäre Annäherung, 2018; *H. Zech*, Künstliche Intelligenz und Haftungsfragen, in: Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswirtschaft 2019, 198; *S. Zuboff*, Das Zeitalter des Überwachungskapitalismus, 2018; *A. Nassehi*, Muster. Theorie der digitalen Gesellschaft, 2019; A. Golia/M. Kettemann/R. Kunz (Orgs.), Digital Transformations in Public International Law, 2022; *W. Hoffmann-Riem,* Recht im Sog der digitalen Transformation, 2022 (idêntico em termos de conteúdo com a versão em português, Teoria Geral do Direito Digital. Transformação Digital – Desafios para o Direito, GEN, Grupo Editorial Nacional, Rio de Janeiro, 2ª ed. 2022).

2. Transformação Digital

A expressão *transformação digital* diz respeito aos processos de mudança provocados pela digitalização. Ela inclui novas possibilidades de ação e modelos de negócios, bem como mudanças sustentáveis na economia, na sociedade, na política, no direito etc. Este artigo trata de problemas relativos à relação entre *direito* e *digitalização*, tendo em vista particularmente a situação jurídica na Alemanha e na União Europeia.

Para a transformação digital, são especialmente importantes do ponto de vista tecnológico: sistemas algorítmicos, Big Data, Inteligência Artificial (IA), redes neurais, blockchain e robótica, assim como as infraestruturas desenvolvidas para as técnicas digitais e suas redes. Tais inovações de base tecnológica possibilitam mudanças em distintas áreas, como a expansão das redes sociais (por exemplo, TikTok ou Facebook), e de outros serviços de comunicação (por exemplo, as mensagens instantâneas), mudanças na configuração da forma como vivemos (na Smart Home), mas também a criação de novos sistemas de vigilância para a utilização tanto por particulares quanto por autoridades públicas.

Com efeito, seria inadequado tematizar o uso das técnicas digitais em primeira linha a partir da proteção dos dados pessoais ou da influência na formação da opinião pública. As técnicas digitais vão muito além disso. Cite-se, por exemplo, o uso de sistemas cyber físicos para novos tipos de produção em rede automatizado e parcialmente automatizado ("Indústria 4.0"), para veículos autônomos, mas igualmente para garantir a segurança do desempenho de infraestruturas para a mobilidade, ou de fornecimento de energia, assim como no setor militar.

Tais possibilidades não podem mais depender exclusivamente dos sistemas algorítmicos tradicionais, que trabalham de modo determinístico com auxílio de etapas de decisões pré-programadas. Os algoritmos de aprendizagem estão se tornando cada vez mais importantes. Eles podem alterar seu procedimento sem a intervenção do usuário, processando suas próprias percepções e experiências anteriores, ou seja, desenvolvendo de per si seus próprios programas. As especialidades de tais algoritmos baseiam-se em especial na capacidade de reconhecer padrões de conjuntos de dados de entrada, e de aplicar esses padrões aprendidos a novos conjuntos de dados, de modo que suas regras para a tomada de decisões mudam sucessivamente. Tais algoritmos

processam inteligência artificial [4] (isto é, não humana, mas tecnologicamente construída). Os sistemas algorítmicos inteligentes implementados, por exemplo, como sistemas de aprendizagem por máquinas[5], têm a capacidade, dentre outras, de avaliar e alterar imagens, traduzir idiomas em texto ou de fazer prognoses baseadas em avaliações do passado. Também é possível que os programas sejam desenvolvidos a partir da utilização de redes neurais[6] através da criação de novas conexões entre neurônios. Esse processo é denominado "Deep Learning"[7].

II. Dimensões do Efeito das Mudanças Transformadoras (*Input, Output, Impact e Outcome*)

A transformação digital afeta em grande parte a economia, a sociedade, a cultura, a política e, evidentemente, as comunicações públicas e privadas[8]. O reconhecimento de níveis distintos de impactos e de abordagens para lidar com ela é essencial para a reação do Direito à transformação digital. O ponto de partida do

---

[4] Sobre este conceito, ver, em geral, *S. Russell/P. Norvig*, Künstliche Intelligenz, 3ª ed. 2012; *W. Ertel*, Grundkurs künstliche Intelligenz, 5ª ed. 2021; *bitkom*, KCompreender a inteligência artificial como automatização do processo de tomada de decisões, Guia, 2017; ; *U*Grupo Independente de Peritos em Inteligência Artificial, Orientações Éticas para uma IA de Confiança, 2019 - criado pela Comissão Europeia – [com definição pormenorizada de IA no Glossário (49)]; *H. Zech,* (nota de rodapé 3), 198; Comissão Europeia, Livro Branco. Sobre a Inteligência Artificial - Uma Abordagem Europeia da Excelência e da Confiança, 19.02.2020, COM (2020), 65 final; Recomendação da UNESCO sobre a Ética da Inteligência Artificial, 2021; Chibanguza/Kuß/Steege (Orgs), Künstliche Intelligenz: Recht und Praxis automatisierter und autonomer Systeme, 2022; Conselho Alemão de Ética, O homem e a máquina Desafios colocados pela inteligência artificial 2023.

[5] Acerca da Machine Learning e da sua aplicação nas monografias jurídicas: *H. Surden*, Machine Learning and Law, 89 Washington Law Review 2014, 87 e ss.; *E. Alpaydin*, Machine Learning, 2016. A palavra Máquina (machine) é compreendida neste contexto como regra de cálculo ou Algorítmo. De modo abrangente, *G. Bar,* Artificial Intelligence in the Law Firm of the Future, in: D. Szostek/M. Zalucki (Orgs.), Legal Tech, Information technology tools in the administration of justice, 2021, 347 e ss; *A. Staehelin,* Begriff und Wesen der Künstlichen Intelligenz, Möglichkeiten, Realitäten, Grenzen, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2022, 1569.

[6] Sobre eles, *v. H. Zech* (nota de rodapé 3), 201 e ss; *T. Söbbing,* Künstliche neuronale Netze, Rechtliche Bewertung von Software und KI-Lernstrukturen, in: Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung 2021, 111.

[7] Cf., *I. Goodfellow/Y. Bengio/A. Courville*, Deep Learning, 2016; *F. Stalder,* Kultur der Digitalität, 2016, 177 e ss; *C. D. Müller-Hengstenberg/S. Kirn*, Intelligente „Software-Agenten": Eine neue Herausforderung für unser Rechtssystem? Multimedia & Recht 2014, 307 e ss; *T. Söbbing,* Deep Learning: Wenn künstliche Intelligenz lernt, in: Kommunikation & Recht 2019, 164; *M. Gertz/D. Aumiller,* Legal Tech und Deep Learning – eine Bestandsaufnahme, in: Zeitschrift die digitale Rechtsanwendung 2022, 30.

[8] Cf., por exemplo, *A. Reckwitz,* Das Ende der Illusionen. Politik, Ökonomie und Kultur in der Spätmoderne, 2020, especialmente p. 133 e ss, 162 e ss.

impacto das decisões são as condições *inicialmente* lançadas, especialmente o uso de informações, ou seja, o *Input*. Já os procedimentos, produtos, projetos e serviços possibilitados pelo *processamento* das informações nas respectivas áreas envolvidas dizem respeito ao *Output*. Por outro lado, há que se considerar os *efeitos* desse processo sobre as pessoas direta e indiretamente *afetadas*, como, *v. g*, os usuários de serviços digitais: trata-se do *Impact* (como *micro-efeito*). Em quarto lugar, o *Outcome* é especialmente relevante por ir mais além, como uma mudança de *longo prazo* nas áreas afetadas da sociedade, impactando-a em nível mais amplo (*macro-efeito*). Isso inclui também os efeitos sobre as estruturas de mercado, sobre a ordem democrática, sobre o desempenho das medidas protetivas do Estado de Direito, sobre a aquisição de mais conhecimentos aplicáveis, sobre o desenvolvimento da consciência cultural, sobre a comunicação pública, dentre outros.

Os efeitos nestas dimensões podem ser identificados em vários campos de aplicação das tecnologias digitais. Eu menciono, a título de exemplo, tanto a pesquisa, o diagnóstico e a terapia na área da medicina, os acontecimentos no mercado financeiro, as alterações na vida profissional, no comércio e na mobilidade, quanto as possibilidades de monitoramento e exploração pública e privada.

São características típicas da digitalização a *indefinição* de fronteiras, a convergência e a *interconexão* de diversos tipos[9]. No setor de TI, por exemplo, estão se tornando indistintos os limites entre *Hardware, Software* e *Orgware,* entre provedores e consumidores, e entre serviços com ou sem o uso de infraestruturas de TI. As comunicações públicas e privadas estão cada vez mais entrelaçadas. Noções convencionais sobre privacidade e publicidade estão erodindo.

Faz parte do fenômeno da dissolução de fronteiras e das convergências mencionadas o crescente entrelaçamento das interações entre o *Online* e o *Offline*. Para expressar isso, um novo conceito almeja lugar de destaque: *Onlife*. Com ele objetiva-se esclarecer que nossas vidas geralmente não estão nem *On-line* nem *Off-line*, mas em um novo tipo de mundo que está começando a surgir – o mundo *onlife*[10].

---

[9] De modo pormenorizado, *v. W. Hoffmann-Riem*, (nota de rodapé 3), 2022, 81 e ss.
[10] Cf., *L. Floridi*, Die 4. Revolution, 2015, 87 e ss., 129 e ss.; *M. Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law. Novel Entanglements of Law and Technology, 2016, 41 e ss., 77 e ss; *R. Jordan,* Nothing Personal? Der Personenbezug von Daten in der DSGVO im Licht von künstlicher Intelligenz und Big

Nesse mundo, os sistemas de computador podem, em grande parte, liberar as pessoas da necessidade de tomar decisões, ou seja, pré-determinar, ou até mesmo substituir, as decisões humanas. Este alívio na tomada de decisões pode ser considerado uma oportunidade de ganho em qualidade de vida. No entanto, há críticas a esse processo, na medida em que os afetados não têm oportunidade ou têm oportunidade limitada de intervenção voluntária no mesmo. Neste contexto, Mireille Hildebrandt fala de "Pre-emptive Computing Systems"[11]. O enfraquecimento da reflexão consciente associada ao uso de tais tecnologias faz com que as pessoas no mundo *Onlife* se tornem cada vez mais "inconscientes digitais"[12], isto é, objeto de controle inconsciente. Isso ameaça erodir ainda mais um princípio fundamental das sociedades modernas, a autonomia na ação.

III. Sobre a Sistematização Conceitual das Distintas Decisões sob Influência Digital

A influência, às vezes bastante sutil, das decisões no sentido acima descrito diz respeito a um tipo de controle comportamental no qual as possíveis decisões são predeterminadas pelos resultados do uso de sistemas algorítmicos, de tal forma que a autodeterminação na decisão não é excluída, mas é, em termos fáticos, limitada. Sem embargo, a escolha dentre várias decisões é possível, mas no plano fático real da escolha e, portanto, a autodeterminação para a tomada de decisão, é limitada pela influência sutil. A Comissão Alemã de Ética de Dados, em sua tentativa de caracterizar conceitualmente diferentes situações de tomada de decisão[13], propôs para este desiderato o termo *decisões orientadas por algoritmos*.

A Comissão igualmente utiliza outros conceitos úteis. Caso as decisões humanas não forem substituídas por algoritmos, mas baseadas em informações (*parciais*) calculadas por algoritmos- o que já acontece com frequência na prática

---

Data, in: M. Friedewald/et al. (Orgs.), Privatheit und Selbstbestimmung in der digitalen Welt, 2022, Vol. 1, p. 64 e ss, com outras demonstrações.

[11] Sobre a definição, *v. M. Hildebrandt* (nota de rodapé 10), 263. Isso se refere, em particular, a sistemas computadorizados que registram o comportamento, especialmente na forma de padrões, avaliam antecipadamente as possibilidades de comportamento e, ao mesmo tempo, fornecem impulsos para que a expectativa do comportamento correspondente seja cumprida.

[12] Sobre esta definição, cf., *M. Hildebrandt* (nota de rodapé 10), 261, 263. Cf., além disso, os exemplos nas páginas 65 e ss. (como, por exemplo, o Enhanced Targeting, Attention Management).

[13] *Parecer da Comissão de Ética de Dados*, 2019, 24, 181.

jurídica dos advogados, das autoridades estatais e dos Tribunais[14]-, recomenda-se o uso da expressão *decisões baseadas em algoritmos*. Se, por outro lado, a ação humana for excluída e, em vez dela, for usado um procedimento *totalmente* automatizado, a expressão sugerida é *decisões determinadas por algoritmos*"

IV. O Direito como Possibilitador da Inovação e Garantidor da Responsabilidade pela Inovação

As tecnologias disruptivas e de impacto transformador são um importante tema e um meio de pesquisa em inovação[15]. O Direito relacionado à TI pode e deve ter como propósito específico tanto garantir a fruição das oportunidades da digitalização, quanto minimizar os riscos dela decorrentes, excluindo-os totalmente se possível for: um direito concebido para possibilitar a inovação[16]. Para tanto, é importante, embora não seja suficiente, criar liberdade jurídica para as ideias, para experimentar o novo, sua aplicação e sua exploração econômica. Devem ser levadas em consideração as consequências avaliadas positiva e negativamente nos níveis de efeito, *Output, Impact e Outcome*. Também devem ser envidados esforços para garantir que a realização das oportunidades seja possível e que os riscos sejam mantidos sob controle. Assim, os desenvolvimentos indesejáveis devem ser reconhecíveis, corrigíveis, e corrigidos, se necessário.

Neste compasso, devem ser asseguradas a abertura para a inovação e a responsabilidade pela inovação[17]. Esta é uma tarefa especialmente direcionada aos atores chamados a garantir a eficácia da ordem jurídica (políticos, empresários, servidores públicos, Tribunais, demais representantes da sociedade civil, bem como cidadãos e cidadãs individualmente considerados). Tal exige não só um conjunto de instrumentos jurídicos adaptado às especificidades da digitalização, mas também

---

[14] Para um panorama sobre o atual estágio de utilização da Legal Tech e da aplicação da Legal IA em diversos países, cf., D. Szostek/M. Zalucki, Legal Tech, 2021, Part 2. V, também abaixo VII. 5.

[15] Acerca das pesquisas de inovação, *v.*, em geral, as contribuições em B. Blättel-Mink/I. Schulz-Schaeffer/A. Windeler (Orgs.), Handbuch der Innovationsforschung. Sozialwissenschaftliche Perspektiven, 2021.

[16] Cf., *W. Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, p. 33 e ss.

[17] Para um desenvolvimento de tais conceitos, *v. W. Hoffmann-Riem*, (nota de rodapé 16), 28 e ss.; *igualmente*, Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung durch Recht, in: Archiv des öffentlichen Rechts 131 (2006), 255 e ss.

um ambiente social em sintonia com ela, além de e estruturas econômicas e orientações culturais a ela adequadas.

V. Sobre as Funções de Proteção e de Garantia do Direito

Os encargos jurídicos relativos aos projetos de inovação transformadora decorrem das funções de proteção e de garantia do Direito. No ordenamento jurídico alemão, essas funções são garantidas, por um lado, pelos direitos subjetivos de defesa dos cidadãos, especialmente aqueles dirigidos contra o Estado, e, por outro lado, por normas que asseguram, como direito objetivo em muitos direitos fundamentais[18], encargos quanto à projeção e à proteção[19]. Tais conteúdos jurídico-objetivos dos direitos fundamentais direcionados especialmente à garantia dos direitos de liberdade estão cada vez mais presentes no âmbito da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, assim como na Convenção Europeia de Direitos Humanos, e em alguns tratados individuais de direito internacional público[20]. Os comandos de proteção dos interesses jurídicos coletivos também são orientados, quanto ao conteúdo, pelas disposições da Lei Fundamental (Constituição) sobre os objetivos do Estado alemão, particularmente os do Estado de direito, da democracia e do estado social. Os comandos de proteção dos interesses jurídicos coletivos também são orientados, quanto ao conteúdo, pelas disposições da Lei Fundamental

---

[18] De fundamental importância para esta função das normas definidoras de direitos fundamentais é a decisão BVerfGE 7, 198, 203 e ss., do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Cf., ademais, BVerfGE 42, 143,148; 89, 214, 229; 103, 89, 100; 137, 273, 313, número de margem 109; 148, 267, número de margem 32.

[19] Sobre o conteúdo jurídico-objetivo dos direitos fundamentais e os deveres de proteção, v. *M. Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, 2000; *L. Jaeckel*, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2010; *P. Szeczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002. Cf., também, a nota de rodapé 20.

[20] Cf., sobre o tema, *T. Marauhn*, Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private und ausländische Akteure, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 74, 2015, 373 e ss.; *U. Schliesky/C. Hoffmann/A. D. Luch/S. E. Schulz/K. C. Borchers*, Schutzpflichten und Drittwirkungen im Internet: Das Grundgesetz im digitalen Zeitalter, 2014; *N. Marsch*, Das europäische Datenschutzgrundrecht. Grundlagen – Dimensionen – Verflechtungen, Tübingen, 2018; *S. V. Knebel,* Die Drittwirkung der Grundrechte und -freiheiten gegenüber Privaten. Regulierungsmöglichkeiten sozialer Netzwerke, 2018; *S. Schmahl,* Digitalisation and International Human Rights Law: Opportunities and Critical Challenges, in: A. Golia/M. Kettemann/R. Kunz (Orgs.), Digital Transformations in Public International Law, 2022, p. 135 e ss; *A. Roßnagel et al.,* Neue Konzepte für den Grundrechtsschutz in der digitalen Welt, in: A. Roßnagel/M. Friedewald (Orgs.), Die Zukunft von Privatheit und Selbstbestimmung, 2022, p. 3 e ss.

(Constituição) sobre os objetivos do Estado alemão, particularmente os do Estado de direito, da democracia e do estado social.)

De se realçar que na atual jurisprudência da Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) está decidindo pelo alargamento da dimensão jurídico-objetiva, há muito reconhecida dos direitos fundamentais e o efeito indireto nas relações entre indivíduos privados, na direção de um efeito direto dos direitos fundamentais, pelo menos em relação a atores privados socialmente poderosos[21]. Este é particularmente o caso em relação às mudanças no campo das comunicações, expressamente com relação às empresas de Internet socialmente poderosas. Para a justificação de tal amplitude, é fundamental que os poderes privados sejam (funcionalmente) comparáveis com o poder do Estado. No contexto das comunicações, os deveres de garantia poderiam ser considerados se as empresas privadas assumissem a provisão das condições estruturais da comunicação pública, o que outrora era de incumbência do Estado enquanto tarefa de interesse geral, como a garantia de serviços postais e de telecomunicação[22].

A Corte constitucional alemã ressalta que, a partir do princípio da igualdade previsto no art. 3º, inciso I, da LF, podem surgir, pelo menos em algumas situações, exigências jurídicas de igualdade nas relações mantidas entre particulares[23]. Uma vez que esta decisão foi tomada no âmbito de um procedimento sumário, não havia razão para que o Tribunal se debruçasse sobre esta questão em termos conclusivos. Não obstante o Tribunal ter acrescentado expressamente que: “se, e em caso afirmativo, quais exigências jurídicas surgem nesse contexto também para os provedores de redes sociais na internet” (concretamente, tratou-se do Facebook), “a depender, por exemplo, do grau da posição de domínio no mercado, da orientação da Plataforma, do grau de dependência da Plataforma e dos interesses envolvidos dos provedores da Plataforma e de terceiros” – , tal tema ainda não foi esclarecido de

---

[21] Acerca deste debate, *B. Raue*, Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken, Juristenzeitung 2018, 94. Em termos críticos, por exemplo *F. Michl,* Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure, Juristenzeitung 2018, 910; *S. Muckel,* Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft – Folgen für Grundrechtstheorie und -dogmatik, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 79, 2020, 245, 276; *A. Heldt,* Intensivere Drittwirkung (2023) Sobre a problemática da implementação dos direitos fundamentais, v. *A. Roßnagel et al.,* (nota de rodapé 20), p. 38 e ss.

[22] BVerfGE 128, 226, 249 e ss.

[23] BVerfG em: Neue Juristische Wochenschrift 2019, 1935, número de margem 15.

modo conclusivo pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. O Tribunal foi mais claro na sua decisão sobre o "direito ao esquecimento I". A Corte afirmou que: na determinação do âmbito da eficácia indireta dos direitos fundamentais "podem desempenhar um papel decisivo, em especial, a inexorabilidade das situações, o desequilíbrio entre as partes opostas, o significado social de determinados serviços ou o poder social de uma das partes"[24]. Tais assertivas podem ser compreendidas como uma sugestão de que as assimetrias informativas e de poder entre os provedores de plataformas e os usuários[25], condicionadas através da digitalização, podem ter consequências transformadoras para o âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Outros Tribunais – como o Tribunal Federal de Justiça (BGH) –, e atores da União Europeia, são igualmente confrontados com questões similares[26].

VI. Autoconfiguração Privada e Autorregulação e a Necessidade de Áreas de Regulação Transformadoras

1. Privatização e Desregulação

Assegurar o bem-estar individual e coletivo é uma tarefa conjunta do Estado, do setor privado e da sociedade civil[27]. Como decorrência da privatização de tarefas incumbidas outrora ao Estado, e da correlativa desregulação de vários setores, baseadas em conceitos neoliberais há várias décadas, em especial pela União Europeia, o âmbito de ação dos órgãos estatais foi reduzido. O setor clássico das telecomunicações, que costumava ser de responsabilidade do Estado em vários países, também é deveras afetado. O controle primário do desenvolvimento do setor de TI, e consequentemente a responsabilidade principal pela utilização de suas

---

[24] BVerfGE 152, 152, 185.

[25] Estas assimtrias podem ser reduzidas, porém não eliminadas, por deveres legais de transparência relativamente à função e ao modo e eficácia dos algoritmos, como por exemplo no Tratado Alemão sobre a Mídia ou na Lei de Serviços Digitais da União Europeia, v. sobre isso, *J. Kühling,* Gemeinwohlorientierte Regulierung der Medienintermediäre, Zeitschrift für IT-Recht und Digitalisierung 2022, 1016 e ss.

[26] Sobre os seus procedimentos, v. *T. Mast,* AGB-Recht als Regulierungsrecht, Juristenzeitung 2023, 288 e ss.

[27] Acerca deste „Multistakeholderprozess" v. *M. Kettemann,* Digitalpolitik von technischen Standards über staatliche Normen bis zum digitalen Völkerrecht, in: C. Piallat (Org.), Der Wert der Digitalisierung, 2021, 343, 344 e ss.

oportunidades, bem como pelo enfrentamento dos problemas vinculados à digitalização, especialmente diante do o tratamento dos riscos, não cabe ao Estado, ou cabe apenas de uma forma muito restrita, mas sim, e principalmente, às empresas de TI e, dentro de certos limites, aos usuários de seus produtos e demais serviços.

2. Comercialização em especial da Internet

A possibilidade de autoconfiguração e autorregulação privada no curso do desenvolvimento da Internet e, portanto, também neste pontapé inicial para o acelerado desenvolvimento da transformação digital, foi propalada de modo mais intenso sobretudo nos Estados Unidos em relação à Alemanha e aos demais Estados europeus. A internet foi compreendida por muitos – nada obstante sua promoção por meio dos militares americanos e de instituições de ensino americanas –, como um local de comunicação privada de liberdade, de emancipação, e de desenvolvimento autorregulado, até mesmo da possibilidade de um desenvolvimento anárquico[28]. À esta concepção, a crescente comercialização da Internet não ficou, a princípio, contraposta, em especial face ao conceito predominante de mercado neoliberal. No entanto, o desenvolvimento posterior elidiu rapidamente este ideal. O resultado foi um "confisco do setor econômico privado" da internet [29], que levou a processos de comercialização em massa e, como consequência, a uma crescente assimetria de poder e influência no mercado. *Ulrich Dolata* resume tal desenvolvimento da seguinte forma: As "empresas desenvolvem, e operam com suas plataformas, as infraestruturas e os serviços técnicos essenciais da Web, que não apenas os usuários privados (precisam) acessar com frequência, mas também muitas empresas e instituições públicas. Como agentes quase estatais, elas controlam os pontos centrais de acesso à Internet, estruturam e observam as possibilidades de movimentação dos usuários, selecionam e corrigem o conteúdo, os fluxos de informações e as discussões em grande escala. Na condição de agentes

[28] Especialmente sobre o tema, *J. P. Barlow*, A declaration of the independence of cyberspace. Electronic Frontier Foundation, 1996, https://www.eff.org/cyberspace-independence.
[29] Cf., *U. Dolata*, Plattform-Regulierung. Koordination von Märkten und Kuratierung von Sozialität im Internet, Berliner Journal für Soziologie, 2020, https://doi.org/10.1007/s11609-020-00403-9, abaixo 1.

formadores da estrutura econômica, tais empresas trabalham de forma mais eficaz possível para registrar, processar e avaliar os rastros de dados deixados pelos usuários na Web, e, assim, realizam um processo em larga escala de aferição comercial e mercantilização de atividades e relacionamentos sociais na esfera *on-line*, que seria inimaginável num mundo anterior à Internet. Além disso, elas não agem mais apenas como participantes líderes no mercado, mas também mantêm e regulam seus próprios mercados e relações de trabalho, cujo círculo de participantes, em alguns casos, vai muito além de seu contexto corporativo[30].

3. Sobre a Forma da Autoconfiguração e da Autorregulação

Como atores poderosos, as empresas podem, por conta própria, criar regras (autorregulação)[31], ou acordar juntamente com outros atores sobre regras, sem que com isso estejam sob o controle democrático. Como consequência, elas já engendraram múltiplas ordens normativas[32]. Tais regras não estão apenas nos "termos e condições gerais" formulados pelas empresas, mas também assumem a forma de padrões da comunidade, como os formulados pelo Facebook, ou regras de conduta, como as estabelecidas pelo YouTube e pelo Twitter[33]. Não foi apenas a partir do bloqueio e da exclusão das contas do presidente dos EUA, Donald Trump, em resposta ao seu papel na invasão do Capitólio dos EUA em 6 de janeiro de 2021, que a posição de poder dos provedores de plataforma como "juízes privados" passou a ser vista por um público mais amplo[34].

---

[30] *U. Dolata*, (nota de rodapé 29) abaixo 1, com indicações a outras publicações próprias.

[31] Sobre este e outros conceitos, v. *W. Hoffmann-Riem*, Autorregulacao, Autorregulamentação e Autorregulamentação Regulamentada no Contexto Digital, in: Revista da AJURIS (Porto Alegre, Brasil), n. 146, Junho 2019, 529-553.

[32] *D. Wielsch*, Die Ordnung der Netzwerke. AGB – Code – Community Standards, in: M. Eifert/T. Gostomzyk (Orgs.) Netzwerkrecht. Zur Zukunft des NetzDG und seine Folgen für die Netzwerkökonomie, 2018, 61 e ss.; *H. Schweitzer*, Digitale Plattformen als private Gesetzgeber: Ein Perspektivwechsel für die europäische „Plattformregulierung", Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2019, 1 e ss.

[33] Sobre a interação de tais regras entre si e em relação às imposições do Direito nacional e da União Europeia, v. *Mast* (nota de rodapé 26), 292 e ss. O autor fala aqui de uma nova forma de autorregulação empresarial regulada pelo poder público (294) e identifica, destarte, uma mudança de paradigma (292).

[34] Acerca deste papel de „juízes privados" *v. G. Spindler,* Funktion und Verantwortung von Plattformen als Informations-Intermediäre, in: I. Spiecker gen. Döhmann/M. Westland/R. Campos (Orgs.), Demokratie und Öffentlichkeit im 21. Jahrhundert – zur Macht des Digitalen ,2022, p. 84 e ss; *C. Djeffal,*

Certamente que, para alguns mercados, como por exemplo o mercado comum economicamente forte da União Europeia, também existem regras estatais diferenciadas. Para os mercados transnacionais, e para muitos mercados nacionais orientados para atividades globais de TI, a ordem jurídica e legal do Estado é, no entanto, apenas decisiva em um âmbito muito limitado. As estruturas organizadas pelo próprio setor de TI, a forma como ele conduz seus negócios e as regras que estabelece para si mesmo são predominantes.

4. Dificuldades na Assunção da Responsabilidade pelo Estado

Os atores estatais têm, contudo, o dever de adotar precauções, dentro do âmbito de suas possibilidades, para garantir que os bens jurídicos sejam respeitados e os interesses dignos de proteção sejam salvaguardados, mesmo no caso de autoconfiguração e autorregulação social. O Estado moderno, normativamente caracterizado através das tarefas de proteção e garantia, na condição de um Estado de garantia[35], está sujeito a uma responsabilidade especial de garantia orientada para o cumprimento de deveres correspondentes. Tendo em vista, em especial, a transformação digital da sociedade, o Estado deve garantir que a funcionalidade e, se necessário, a qualidade da transformação digital, sejam asseguradas pelo estabelecimento de estrutura legal adequada, pelas diretrizes estruturais e pelas orientações de conteúdo, bem como pelas seguranças procedimentais e pelas precauções de flexibilidade. Deveres públicos, quando cumpridos pelo setor privado, precisam igualmente levar em conta os objetivos do bem comum. Serão indicadas aqui as precauções da regulação do Estado para a auto-organização /autorregulação social[36], que deve ser adaptada, especialmente, ao respectivo potencial em oportunidades e riscos. Nesta senda, estão as proposições da Comissão Europeia e do Parlamento Europeu para um regulamento da Inteligência

---

Soziale Medien und Kuratierung von Inhalten, igualmente in: I. Spiecker gen. Döhmann et al, p. 186 e ss.

[35] Em termos gerais, cf., *G. F. Schuppert*, The Ensuring State, in: A. Giddens (Org.), The progressive manifesto. New ideas for the centre-left, 2003, 54 e ss.; *R. Ruge*, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State, 2004; *C. Franzius*, Gewährleistung im Recht: Grundlagen eines europäischen Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen, 2009.

[36] De modo pormenorizado, *W. Hoffmann-Riem* (nota de rodapé 31).

Artificial (IA)[37], que se baseiam numa abordagem de risco[38], contendo regulações cogentes para os sistemas de IA de alto risco, enquanto prevê obrigações bem mais moderadas e um sistema de *code-of-conduct* para outros sistemas de IA.

Nada obstante, a transformação digital e, sobretudo, a resultante sociabilidade do setor privado na Internet, levaram a uma dissociação de longo alcance das estruturas estabelecidas pelo Estado. Igualmente é de suma relevância o fato de que as regras estabelecidas pela economia da internet não assumem necessariamente o formato de textos elaborados. Elas são, na verdade e em grande medida, apenas inscritas na própria tecnologia. Isso acontece, *v. g*, por meio do design das interfaces dos usuários ou das configurações-padrão [39]. Como consequência, torna-se difícil para terceiros reconhecê-las e controlá-las.

Nesta perspectiva, a responsabilidade do Estado em proteger e garantir também permanece. O *code* não aparece simplesmente do nada; ele é uma construção sociotécnica[40] que pode ser medida e regulada com base em diretrizes normativas. O processo de sua produção[41] pode ficar submetido a precauções, como a transparência e a rastreabilidade dos procedimentos, que são particularmente importantes para as condicionantes da digitalização [42]. Isso pode ocorrer, por exemplo, mediante a criação de deveres de documentação e justificação, bem como

---

[37] Cf., abaixo, as notas de rodapé 101, 102.

[38] Explanatory Memorandum, COM (2021) 206 final, p. 9; *G. Spindler* (nota de rodapé 34), p. 117 e ss; *T. Burri,* New Regulation of the European Union on Artificial Intelligence, in: S. Voeneky/et al. (Orgs.), The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence, 2022, p. 114 e ss; *G. Hornung,* Künstliche Intelligenz zur Auswertung von Social Media Massendaten, Archiv des öffentlichen Rechts 147 (2022), 1, 59 e ss.

[39] Cf., v. *A. Lauber-Rönsberg,* „Transparency by Design“ als Rechtsprinzip gegen Dark Patterns, in: Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz/F. Rostalski (Orgs.), Künstliche Intelligenz, 2023, p. 165 e ss; *U. Kelber/N Leopold,* Personalisierung durch Profiling, Scoring, Microtargeting und mögliche Folgen für Demokratie, in: I. Spiecker et al. (nota de rodapé 34), 165 e ss.

[40] Cf., *Hoffmann-Riem,* (nota de rodapé 3), 52 e ss.

[41] Sobre o significado dos níveis da produção de decisões, e da distinção da representação de suas justificativas, v. *T. Mast,* Ent- und Redifferenzierung von Entscheidungsherstellung und -darstellung im Digitalen – Zum Wesensunterschied menschlicher und maschineller Entscheidungsbegründung aus rechtssoziologischer Perspektive, in: S. Kuhlmann et al. (Org.), Transparency or Opacity, 2023, p. 141, 144 e ss.

[42] A exigência por transparência e rastreabilidade atinge seu limite no Deep Learning, embora não apenas neste. Nesse caso, nem mesmo os desenvolvedores conseguem explicar por que a máquina chegou a um determinado resultado. Cf., *E. Hilgendorf,* Gemeinwohlorientierte Gesetzgebung auf Basis der Vorschläge der EU „High-Level-Expert Group on Artificial Intelligence“, in: C. Piallat (nota de rodapé 27), 242 e ss.

de exigências de correção e controle[43], ampliados por regimes de responsabilidade, caso necessário[44].

Relativamente aos conteúdos e à acessibilidade dos serviços digitas, podem ser criadas também exigências legais mínimas – por exemplo, acerca do tipo e da qualidade dos produtos (como a proibição de discriminação)[45], ou sobre a própria infraestrutura técnica[46]. A padronização dos deveres para avaliações de impacto proativas e reativas é outra possibilidade, assim como as precauções específicas do setor para corrigir desenvolvimentos indesejáveis.

O Direito igualmente deve ter como objetivo estimular as inovações desejadas - por exemplo, por meio de incentivos, mas também pela criação de estruturas, incluindo aquelas que permitem que empresas menores e *Startups* desenvolvam inovações. Essas últimas, porém, quando alcançam sucesso, são frequentemente tentadas a aceitar as ofertas, muito atraentes financeiramente, de empresas fortes do mercado para adquiri-las. Em termos de contrapeso, poderia ser instituído um controle específico para as fusões no mercado, reduzindo os critérios usuais, tornando o controle das fusões mais eficaz.

Com efeito, por vezes os agentes públicos se encontram em uma situação de dilema. Tal circunstância pode ser ilustrada a partir do exemplo da comunicação pela internet. O exemplo se refere à tentativa de impedir conteúdo difamatório, violento, odioso, pornográfico ou de notícias falsas na Internet. A intervenção do Estado para remover esse conteúdo, ou até mesmo só para dificultar o acesso a ele, se aproxima facilmente da censura estatal (art. 5º, parágrafo 1º, item 3, da LF)[47]. Por tal motivo,

---

[43] Por exemplo – apesar de circunscrito ao âmbito da proteção de dados – in: *Relatório da Comissão de Ética dos Dados*, 2019, n. 38. A importância dos deveres de transparência aparece também na recomendação da UNESCO sobre ética da inteligência artificial, 2021, n. 37-41.

[44] Sobre estes últimos, v. Exemplificativamente, *H. Zech* (nota de rodapé 3), assim como, *ibidem.*, Entscheidungen digitaler autonomer Systeme: Empfehlen sich Regelungen zu Verantwortung und Haftung? Parecer A 73. Congresso dos Juristas Alemães, 2020.

[45] Assim, por exemplo, no § 94 do Tratado Estatal da Mídia (MStV) para intermediáros da comunicação, v. *J. Kühling* (nota de rodapé 25), 1016 e ss; *C. Wagner,* Kommunikation in sozialen Medien und Grundrechte – Zur Drittwirkung der Meinungsfreiheit und Ausgestaltung einer dienenden Medienfreiheit, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2022, 861, 868 e ss.

[46] Sobre o dever de uma configuração constitucional, e especialmente de direitos fundamentais, tecnicamnte adequada, com especial atenção à internet, v. S. Jandt, Technikadäquate Grundrechtsentwicklung, 2022, especialmente a parte 2.

[47] Acerca de tal problemátca, v., por exemplo, a discussão sobre a lei alemã de fiscalização das redes -*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*. Cf., M. Eifert/T. Gostomzyk (Orgs.) Netzwerkrecht. Zur Zukunft des NetzDG und seine Folgen für die Netzwerkökonomie, 2018; *I. Löber/A. Roßnagel*, Das

considera-se que é preferível a abordagem prioritária ser liderada por empresa privada. O Tribunal de Justiça da União Europeia (EuGH) adotou esse caminho em sua decisão sobre o Google[48], assim como a União Europeia em sua Lei de Serviços Digitais[49]. Isso significa que as empresas de Internet decidem por si mesmas - embora levando em conta as diretrizes legais - qual conteúdo é aceitável ou inaceitável na Internet. Ao fazer isso, no entanto, elas selecionam e corrigem- como formulou *Dolata*[50] - o conteúdo, fluxos de informações e discussões. Para uma solução adequada do problema, torna-se necessária uma consideração mais abrangente sobre o fato de que os intermediários das comunicações decidem sobre as condições de realização dos direitos de liberdade dos envolvidos, tanto das pessoas que emitem declarações, quanto das que são afetadas negativamente por uma manifestação, assim como sobre os conteúdos veiculados no discurso público, exercendo, ao mesmo tempo, seu próprio poder discursivo. Neste ponto, é necessário um equilíbrio que atenda com justiça a todos os interesses no acesso à informação. Este também é o objetivo da Lei de Serviços Digitais da União Europeia.

Determinar as normas e os instrumentos, bem como o procedimento de forma mais detalhada, é um dever do Estado para garantir, em particular, a realização da liberdade em uma gama de conflitos multipolar que faça justiça às características especiais da digitalização e das redes de comunicação pública. Essa tarefa não deve ser deixada apenas aos intermediários não democraticamente legitimados. As autoridades públicas são chamadas a criar uma estrutura regulatória (incluindo direitos de consulta, recursos e supervisão)[51] para que os intermediários exerçam sua responsabilidade, o que também atende aos requisitos do Estado de direito. A

Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Umsetzung, Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung 2019, 71; *M. Liesching/et al.,* Das NetzDG in der praktischen Anwendung, Eine Teilevaluation, 2021; *A. Peukert,* Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Entwicklung, Auswirkungen, Zukunft, in: I. Spiecker gen. Döhmann et al (nota de rodapé 34), p. 229 e ss; *M. Liesching,* Fünf Jahre Netzwerkdurchsetzungsgesetz, Bilanz und Ausblick, in: Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung 2023, 56 e ss.

[48] EuGH, Decisão proferida em 13.05.2014, Rs. C-131/12 (Google Spain), in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 2014, 320 e ss.

[49] Cf., o comentário de T. Mast et al. (Eds), Digital Services Act/ Digital Markets Act (DSA/DMA), 2023 (no prelo).

[50] *U. Dolata* (nota de rodapé 29).

[51] Uma tentativa para a regulação legislativa é a Lei alemã de fiscalização das redes – *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*. Sobre ela, s., (nota de rodapé 47).

responsabilidade estatal e a responsabilidade privada devem estar entrelaçadas[52]. O resultado é fornecer orientação regulatória para as regras criadas pelas empresas. As perspectivas de êxito de tais abordagens dependem, em grande escala, de uma supervisão eficiente e eficaz, que deve ser estruturada com conhecimento especializado, reputação e influência suficientes[53].

A regulação estatal no setor digital não se depara apenas com a dificuldade de reagir adequadamente aos efeitos e às consequências da digitalização. Também deve ser referenciada a possibilidade de previsão limitada de muitos desenvolvimentos e, portanto, as novas necessidades regulatórias, bem como à eficácia das intervenções do Estado. Se o Direito no setor de TI deve ser concebido como uma ordem normativa orientada a oportunidades e riscos, a fim de permitir a inovação, é necessário lidar com a dificuldade de querer regular o surgimento e a aplicação do novo, mesmo que o próprio novo ou as consequências que ele acarreta, especialmente envolvendo os riscos, não sejam conhecidas, ou sejam apenas de forma limitada[54]. Deve ser superado, portanto, o problema da imprevisibilidade previsível [55].

VII. Desafios para o Campo Específico do Direito

1. Ampliação da Atenção Jurídica

Uma vez que a digitalização congloba quase todos os setores da sociedade, ela representa um desafio para o sistema jurídico nas suas distintas áreas e em vários níveis. Tendo em vista que a validade do Direito não está limitada aos procedimentos tradicionais (por exemplo, os analógicos), já que, pelo menos, não há

---

[52] Sobre as possibilidades e dificuldades, v., a análise de *D. Wielsch,* Funktion und Verantwortung. Zur Haftung im Netzwerk, Rechtswissenschaft 2019, 84 e ss. Cf., também *ibidem*. (nota de rodapé 32).

[53] *K. Müller,* Künftige Plattformregulierung und effektive Durchsetzung in Deutschland, in: Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung 2022, 1007 e ss.

[54] Cf., *D. Sauer*, Perspektiven sozialwissenschaftlicher Innovationsforschung – eine Einleitung, in: D. Sauer/C. Lang (Orgs.), Paradoxien der Innovation. Perspektiven sozialwissenschaftlicher Innovationsforschung, 1999, 9, 14.

[55] Cf., *Hase*, Die Komplexität des Wissens und die Legitimation rechtlicher Normsetzung, in: B. Buchner/K.-H. Ladeur (Orgs.), Wissensgenerierung und -verarbeitung im Gesundheits- und Sozialrecht, 2016, 125, 134 e ss.

previsão expressa neste sentido, é intuitivo estender a sua força de validade à utilização de tecnologias digitais, e às suas consequências nos respectivos âmbitos afetados da sociedade civil. Na medida em que há diferenças entre o uso e as consequências das tecnologias tradicionais e digitais, pode ser levada em consideração, pelo menos em parte, a mudança interpretativa do Direito existente. Tal entendimento se aplica também ao âmbito das garantias previstas na Constituição, como, por exemplo, os direitos fundamentais[56], bem como ao restante do sistema jurídico.

Remanescem, outrossim, necessidades de regras especiais diante das possibilidades específicas de uso e dos efeitos da digitalização. Exemplo de tais regras é a precaução contra a ocorrência de riscos no uso de tecnologias digitais, como em pesquisas e no uso dos resultados decorrentes de sua aplicação. Tal se relaciona, por exemplo, com o setor da saúde, ou com o uso da tecnologia genética. A necessidade de regulação surge também para os veículos automatizados nas ruas e estradas. O mesmo se aplica ao direito do trabalho e ao direito financeiro[57]. Regramentos específicos do setor já existem em muitas destas áreas; porém, elas precisam ser adaptadas às consequências da digitalização.

2. Mudança Normativa através da Alteração Transformadora do Âmbito Real das Normas

A transformação digital produz efeitos no ordenamento jurídico, mesmo que a redação das leis permaneça inalterada. Neste aspecto, deve-se fazer especial referência à relevância do âmbito normativo. Isso se refere às realidades tecnológicas, científicas, sociais, políticas, econômicas, culturais, ecológicas e similares, em suas estruturas básicas que são mencionadas na norma - seja explícita

---

[56] Neste contexto, exemplificativamente, a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão sobre a proteção dos direitos fundamentais no âmbito da digitalização desde o desenvolvimento do direito fundamental à autodeterminação informativa. Cf., sobre o tema, *W. Hoffmann-Riem* (nota de rodapé 16), 569 e ss. Cf., também *C. Hoffmann/A. D. Luch/S. Schulz/K. C. Borchers*, Die digitale Dimension der Grundrechte, 2015.

[57] Acerca das análises nos campos específicos, com especial atenção ao uso de inteligência artificial, v., por exemplo, as contribuições de T. Wischmeyer/T. Rademacher (Orgs.), Regulating Artificial Intelligence, 2020, parte 2. Da mesma forma, a análise com especial foco no Big Data v., as contribuições em T. Hoeren (Org.), Phänomene des Big-Data-Zeitalters, 2019.

ou implicitamente[58]. Este recorte da realidade não-jurídica é uma parte existencial e constitutiva da norma, que é de suma relevância para o conteúdo normativo, além, claro, do seu âmbito linguístico, ou textual, e da incorporação sistemática da norma na ordem jurídica geral[59]. Em face da ubiquidade da tecnologia transformadora informacional, e do seu potencial inovador, os conteúdos das normas relevantes para a tecnologia da informação adquirem uma dinâmica transformadora[60] como consequência das frequentes transformações no âmbito real da TI. O mesmo vale para as normas éticas e sociais que podem ser utilizadas no setor de TI.

É verdade que o *Ser* não pode ser deduzido do *Dever ser*. Uma vez que o âmbito real das normas é um dos pontos de referência para a significação do conteúdo das normas, as alterações no ser afetam juridicamente a permissão, o poder e, caso necessário, o dever[61]. Quanto mais rápido o progresso tecnológico e seus efeitos avançam nos campos de ação social, mais frequentemente e de maneira sustentável podem ser alteradas as normas em consequência da mudança do âmbito real, mesmo sem a intervenção do poder legislativo.

3. Disrupções e Transformações no Uso de Dados em Sentido Amplo: Do Direito à Proteção de Dados Pessoais ao Direito de Utilização dos Dados

a. Sobre a Eficácia Limitada do Direito à Proteção de Dados

Para os setores afetados pela digitalização, certamente o Direito à proteção de dados direcionado à proteção da personalidade continua a ter importância. Nada obstante, seria um erro concentrar os esforços de regulação jurídica do uso de tecnologias digitais na proteção dos dados pessoais, desviando a atenção à variedade de bens jurídicos envolvidos no processamento de dados de diferentes tipos, e a correlata necessidade de sua proteção.

---

[58] *W. Hoffmann-Riem* (nota de rodapé 16), 113.

[59] Cf., *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. ed. 1999, número de margem 45 e ss., *F. Müller/R. Christensen*, Juristische Methodik. Vol. I, 11 ed., 2013.

[60] Cf., sobre o tema, *B. Fateh-Moghadam*, Innovationsverantwortung im Strafrecht: Zwischen Strict Liability, Fahrlässigkeit und erlaubtem Risiko – zugleich ein Beitrag zur Digitalisierung des Strafrechts, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2019, 113 (4), 863, 872 e ss.

[61] *B. Fateh-Moghadam* (nota de rodapé 60), 867.

A típica concentração do ponto de vista acerca do Direito de proteção de dados até o presente momento, especialmente do público alemão, surgiu na segunda metade do século passado, paralelamente à expansão da capacidade funcional dos computadores. Isso foi acompanhado, dentre outros, pelo receio de ser espionado ou investigado por órgãos estatais e agentes privados. O foco na proteção de dados na Alemanha foi ancorado também pela observância pública estrita das decisões judiciais, por exemplo, através das decisões do Tribunal Constitucional relativamente à proteção da autodeterminação informativa derivada da proteção da dignidade humana (art. 1º, § 1º da LF), e do direito à personalidade (art. 2º, § 1º, da LF), em especial com o objetivo de limitar a vigilância estatal[62].

A ascensão rápida das redes sociais e a grande quantidade de dados que elas geram, especialmente dados pessoais, bem como a sua utilização, aumentaram a concentração das atenções nesse campo. Uma consequência disso foi a criação de leis nacionais alemãs e autoridades estatais de proteção de dados, sem olvidar dos regulamentos europeus, como, por exemplo, o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) da União Europeia (UE)[63], e outras disposições jurídicas europeias relativas à proteção de dados[64]. Destarte, o RGPD criou uma infinidade de princípios de proteção de dados, limitações quanto a sua finalidade e regras de admissibilidade. Além disso, há direitos e obrigações de informação e divulgação e, sobretudo, a exigência, prevista como regra, do consentimento do titular dos dados para a coleta e o uso dos dados pessoais.

Na prática, entretanto, essas regulações são eficazes somente até certo ponto. Em especial, o requisito do consentimento, que é elogiado como um meio central de proteção, fracassa em muitos aspectos como um meio eficaz de proteger a autonomia dos usuários[65]. Sua eficácia é prejudicada, sobretudo, pelo fato de que

---

[62] Cf., a descrição desta jurisprudência, in *W. Hoffmann-Riem*, (nota de rodapé 16), 569 e ss.

[63] De modo minucioso sobre o desenvolvimento do direito europeu de proteção de dados, v., *S. Brink/K. Vogt,* Die Datenschutz-Grundverordnung als demokratisches Level Playing Field, in: I. Spiecker gen. Döhmann et al. (nota de rodapé. 34), 273 e ss; *A. Roßnagel/et al* (nota de rodapé 20), p. 11 e ss.

[64] Assim objetiva, por exemplo, a Resolução E-Privacy, planejada pela UE (v. Projeto da Comissão publicado em 10.1.2017 in COM (2017) 10 final, e o projeto contraposto do conselho ministerial publicado em 10.2.2021 in 2017/0003 (COD)) sobre a proteção de dados pessoais, especialmente no âmbito da comunicação eletrônica. Ela deve garantir o livre tráfego de dados e de serviços e produtos eletrônicos na sociedade.

[65] Da literatura abrangente sobre o poder do requisito do consentimento, Cf., por exemplo, *Y. Hermstrüwer*, Informationelle Selbstgefährdung, 2016, com outras indicações.; *P. Radlanski*, Das

as empresas condicionam o uso de seus serviços aos termos e condições que estabelecem unilateralmente, de modo que o consentimento prévio para a coleta e o uso de dados é frequentemente fornecido, muitas vezes, até mesmo quando isso não é necessário para a prestação do serviço solicitado[66]. Assim, os termos e condições estabelecidos pelas empresas geralmente definem, de forma muito generosa, as finalidades de coleta e de uso às quais o consentimento deve se estender, incluindo aquelas que não trazem nenhum benefício reconhecível para os próprios usuários. Porém, mesmo quando é feita referência expressa ao fato de que a utilização serve para melhorar o serviço para o usuário, não é especificado, em regra, se e em que medida a perspectiva do usuário também é relevante para esse critério. As próprias empresas classificam, em particular, a possibilidade de personalização das ofertas como um aprimoramento de sua estratégia informacional. Desta forma, elas realizam uma seleção direcionada do conteúdo acessível de acordo com a avaliação de dados coletados anteriormente, ou a alocação a grupos de pessoas com determinados valores, comportamentos e atenções, dentre outros. Isso pode ter o efeito, dentre outros, de manter os usuários em uma zona de conforto comunicativo, solidificar certas atitudes de valor, evitar experiências negativas[67] e, de todo modo, garantir que as empresas não percam a atenção dos usuários - um ativo particularmente importante do ponto de vista das empresas[68]. Destarte, o Tribunal Constitucional da Alemanha também enfatiza o perigo "de que - também com a ajuda de algoritmos -

Konzept der Einwilligung in der datenschutzrechtlichen Realität, 2016; *W. Hoffmann-Riem*, Controle do Comportamento por Meio de Algoritmos. Um Desafio para o Direito, em: Direito Público: Instituto Brasiliense de Direito Público, Vol. 16, edição especial, Porto Alegre, Brasil, 2019, 123-162; *S. Strauß*, Dashcam und Datenschutz, Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht 2018, 554; *P. Uecker*, Die Einwilligung im Datenschutzrecht und ihre Alternativen, Zeitschrift für Datenschutz 2019, 248; *M. Engeler,* Der Konflikt zwischen Datenmarkt und Datenschutz, Eine ökonomische Kritik der Einwilligung, Neue Juristische Wochenschrift 2022, 3398.

[66] Art. 7 c/c art. 4 n. 11 do RGPD garante a proteção, aber mas apenas com eficácia limitada. Esta norma exige a voluntariedade do consentimento. O art. 7º, § 4º não é compreendido como uma proibição estrita de adesão, sendo na prática apenas um dever de consideração.; Assim também *J. H. Klement*, in: S. Simits et al. (Orgs), Datenschutzrecht 2019, número de margem 58. Sobre o art. 7 do RGPD com fundamentações também de opiniões contrárias, cf., nota de rodapé 111; Em parte, é sustentada a introdução de novos regimes legais de controle – comparavelmente a um AGB-Controle –, assim *U. Buermeyer/M. Spitz,* Wenn Gerichte es im digitalen Zeitalter richten müssen, in: C. Piallat (nota de rodapé 27), 375 e ss.

[67] Acerca deste tema – situações frequentemente discutidas sob a expressão Bubbleeffekt – v. *E. Pariser,* The Filter Bubble. What the Internet is Hiding from You, 2011.

[68] Sobre o bem escasso da „Atenção“ e os esforços para assegurá-la, cf., *G. Franck*, Ökonomie der Aufmerksamkeit, 1998.

o conteúdo seja especificamente adaptado aos interesses e inclinações dos usuários, o que, por sua vez, leva ao reforço de opiniões de mesma espécie. Essas ofertas não visam à diversidade de opiniões, mas são determinadas por interesses unilaterais ou pela racionalidade econômica de um modelo de negócios, ou seja, maximizar o tempo que os usuários passam nas páginas e, assim, aumentar o valor da publicidade da plataforma para os clientes"[69].

Na medida em que os cidadãos dependem do uso dos serviços digitais em suas vidas privadas ou profissionais, ou não querem se isolar comunicativamente, não há, em termos práticos, nenhuma possibilidade de recusa de manifestar seu consentimento, já que, como é frequentemente o caso, não há alternativas de ofertas de serviços de mesma qualidade. O Tribunal Constitucional alemão está ciente desta situação problemática, como indica a seguinte paráfrase: "As pessoas dificilmente podem evitar a revelação em grande escala dos dados pessoais às empresas, caso não queiram ser excluídas destes serviços básicos". Tendo em vista a possibilidade de manipulação, de reprodução, bem como de disseminação praticamente ilimitada de dados em termos espaciais e temporais, e da sua possibilidade e recombinação imprevisível em procedimentos não transparentes por meio de algoritmos não rastreáveis, os indivíduos podem ficar em grande medida dependentes, ou mesmo ser expostos a condições contratuais abusivas."[70] Exsurge neste contexto também o problema de que a divulgação voluntária de dados pode ter efeitos negativos sobre terceiros; esse é particularmente o caso na área de análise preditiva. Nessa exata perspectiva, os dados auxiliares (por exemplo, dados de uso em mídias sociais e os dados de geolocalização) são comparados com os dados divulgados voluntariamente por milhares de outros usuários com a ajuda de métodos de previsão para permitir que sejam feitas inferências sobre dados pessoais inacessíveis[71].

Por outro lado, a análise de dados em grande escala não é de per si reprovável.

---

[69] BVerfGE 158, 389, 419.

[70] BVerfGE 152, 152, 189 e ss. „Direito ao Esquecimento I" (A decisão se refere ao direito à autodeterminação informativa).

[71] De modo pormenorizado, v. *R. Mühlhoff,* Prädiktive Privatheit: Kollektiver Datenschutz im Kontext von Big Data und KI, in: M. Friedewald/et al. (Orgs.), Privatheit und Selbstbestimmung in der digitalen Welt, 2022, vol. 1, p. 31 e ss, que sugere e exige uma „perspectiva coletiva" de não disponibilizar aos indivíduos uma livre escolha sobre quais dados sobre si serão fornecidos.

Por exemplo, no campo da análise médica, grandes quantidades de dados podem ajudar a encontrar padrões e correlações e, assim, identificar doenças e suas causas[72].

b. Sobre a Importância Crescente de Dados Não Pessoais

Para lidar com as consequências da transformação digital, não deve ser apenas observada a constatação da eficácia limitada, em termos práticos, das regras existentes. Igualmente importante é a constatação de que as normas protetivas dos dados têm apenas um âmbito de aplicação limitado. Destarte, o tradicional Direito à proteção de dados não protege contra a coleta e a utilização de dados que não sejam pessoais[73]. Os dados sem essa referência pessoal também são importantes e, atualmente, estão se tornando cada vez mais significativos para a economia, para a tecnologia, para o desenvolvimento tecnológico, para a política etc., especialmente porque a delimitação desses dados, em termos contextuais, não apresenta problemas consideráveis[74]. Não é por acaso que regulamentos independentes para esses outros dados tenham sido criados na UE, mesmo que não em caráter geral, mas especialmente para garantir o funcionamento do mercado comum, reduzindo os obstáculos à mobilidade de dados e à dependência dos provedores. Devem ser referidas, neste diapasão, as "diretrizes" complementares[75] e a Resolução da UE sobre dados não pessoais[76]. Igualmente o projeto europeu do *Data Act* não se limita aos dados pessoais no seu âmbito de aplicação[77].

---

[72] *E. Hilgendorf* (nota de rodapé 42), 246.

[73] Dados pessoais são aqueles que podem conter ou explorar informações sobre relações pessoais ou profissionais de uma determinada pessoa. Acerca da definição, v. art. 4, n. 1, do RGPD.

[74] Para um panorama geral, v. *R. Jordan,* (nota de rdapé 10), 59 e ss, onde também é feita referência especial ao fato de que o equilíbrio entre o esforço de desanonimização e o interesse na proteção estabelecido no RGPD se tornará obsoleto devido à possibilidade de identificação cada vez mais abrangente.

[75] Comunicação da Comissão para o Parlamento e Conselho Europeus de 29.05.2019, COM (2019) 250 final, sobre „Diretivas para a Resolução sobre um âmbito para o livre tráfego de dados não-pessoais na União Europeia".

[76] Resolução (UE) 2018/1807 do Conselho e Parlamento europeus de 14. Nov, 2018 sobre um âmbito para o livre tráfego de dados não-pessoais na União Europeia.

[77] Proposição publicada em 23.2.2022 COM(2022) 68 final; para uma primeira revisão e para sua relação com as resoluções existentes da União Europeia v. *L. Specht-Riemenschneider*, Der Entwurf des Data Act, in: Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung 2022, 809.

Os dados não considerados pessoais são também aqueles dados que não podem ser mais atribuídos a pessoas determinadas em virtude da anonimização e das precauções em face de uma desanonimização. O mesmo vale para os dados gerados a partir da relação de pessoas sem vinculação ao Direito da personalidade. Além disso, novos dados obtidos por meio de processamento de dados sem referência a indivíduos (em particular, derivados de dados) não se enquadram no âmbito do Direito à proteção de dados, assim como dados agregados sem referência a indivíduos e, por óbvio, os dados puramente industriais[78], como dados gerados na produção de mercadorias ou em sua distribuição. Há igualmente os cognominados dados sintéticos. Eles são, a rigor, conjuntos de dados equivalentes aos conjuntos de dados iniciais, cujos dados definitivamente não podem ser rastreados até os valores iniciais. Os assim chamados dados abertos também podem estar disponíveis[79]. Isso também engloba os dados obtidos da administração pública[80], especialmente aqueles que se tornam acessíveis por meio do recurso às possibilidades oferecidas pelas leis de acesso à informação. Alfim, existem também os dados abertos fornecidos por pessoas físicas. Devem ser mencionados igualmente os dados que são compartilhados por várias pessoas, e que podem ser acessados, em especial, por meio de mercados de *Data Sharing*[81].

Os dados também podem ser descontextualizados para criar um conjunto de dados acessível em diferentes combinações e para diferentes fins[82]. Na maioria das áreas de aplicação das tecnologias digitais, como na indústria, na pesquisa, no comércio ou nos mercados de capitais, a importância dos dados não pessoais predomina. São precisamente as descobertas, geradas em virtude das diferentes combinações de dados, a base essencial de novos conhecimentos e do sucesso

---

[78] Cf., por todos, *A. Wiebe/N. Schur,* Das Recht an industriellen Daten im verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnis zwischen Eigentumsschutz, Wettbewerbs- und Informationsfreiheit, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2007, 461.
[79] Cf., a Diretiva (UE) 2019/1024 do Parlamento e Conselho europeus de 20 de junho de 2019, sobre dados abertos e o uso contínuo de informações do setor público.
[80] Como exemplo, v., o panorama geral, in: *Bertelsmann Stiftung*, Musterkatalog für Kommunen. Welche offenen Daten werden von Kommunen Nordrhein-Westfalens veröffentlicht, 2020.
[81] Sobre os interesses e possibilidades do Data Sharing, v., *H. Richter/P. R. Slowinski*, The Data Sharing Economy: On the Emergence of New Intermediaries, International Review of Intellectual Property and Competiton Law 2019, 4 e ss.
[82] Os tipos e variedades de dados acumulados são ilustrados pela listagem relativa à direção conectada e automatizada de veículos, in *G. Hornung,* Ökonomische Verwertung und informationelle Selbstbestimmung, in: A. Roßnagel/G. Hornung, (Orgs.), Grundrechtsschutz im Smart Car, 2019, p. 112.

econômico das empresas de TI ao aplicá-los, bem como de empresas que usam tecnologias digitais para análises, prognoses, orientações, decisões de produção, estratégias de negócios, dentre outros. Esse conhecimento também pode ser importante para a execução de tarefas públicas por órgãos do Estado.

O Direito tradicional de proteção de dados igualmente não é aplicado quando dados não-pessoais formam o fundamento para as atividades pessoais, como, por exemplo, o *Targeting,* uma forma de controle de informações através de uma abordagem sob medida para grupos visados. Tais grupos podem também ser formados sem a coleta prévia de dados pessoais dos indivíduos concretamente envolvidos, especialmente por meio do uso de Clusters formados pelo reconhecimento de padrões. Trata-se de grupos típicos de pessoas que compartilham características descritivas comuns. Tais Clusters podem ser utilizados para influenciar pessoas – ainda que não sejam direcionados relacionados a pessoas individuais –, à medida que eles podem atingir pessoas que são referidas ao agrupamento, não diretamente, mas a partir de outras informações, não tuteladas pelo Direito de proteção de dados, obtidas pelo uso da combinação de dados. Através de tais influências relacionadas ao Cluster, atitudes valorativas, conhecimento experimental ou comportamento em eleições políticas podem ser influenciadas de forma semelhante ao uso de dados pessoais. Análises de tendências e previsões também podem ser elaboradas com base em diversos dados, que podem ser usados para diferentes estratégias políticas ou comerciais, inclusive influenciando o comportamento de pessoas, cujos dados pessoais não foram originalmente coletados para tais fins.

4. Sobre as Regras Específicas no Uso de Tecnologias Digitais para Além da Ameaça à Proteção da Personalidade

As tecnologias digitais - como já citado acima – são utilizadas em quase todas as áreas da vida. Neste sentido, há também áreas específicas do Direito para cada setor em especial, como o Direito da engenharia genética, o Direito da saúde, o Direito no setor de alimentos, o Direito do mercado de capitais, o Direito energético, o Direito da indústria química etc. No que diz respeito às questões sobre proteção de

dados, o Direito geral de proteção de dados, que serve à proteção da personalidade, e/ou as regras criadas especificamente para a respectiva área, e que, em muitos casos, também contêm regras sobre o tratamento de dados sem referência a pessoas, podem se tornar aplicáveis[83].

Exemplos de regras especiais sobre a coleta e o uso de dados podem ser encontrados nas autorizações contidas no Direito processual penal, nas leis de polícia e nas leis de inteligência, em particular para o processo penal, isto é, para a prevenção de perigo[84]. Embora o conteúdo de tais leis ainda esteja fortemente relacionado à proteção de dados pessoais, existe uma gama de leis que contêm, exclusiva ou principalmente, regulações sobre dados de outros tipos.

Isso inclui, por exemplo, a lei alemã de direitos autorais[85]. O direito autoral é amplamente excluído como proteção para dados em si, mas não como proteção para bancos de dados (cf., §§ 87a e seguintes da UrhG). A proteção é concedida a coleções de dados, cuja criação e manutenção exigem um investimento substancial[86]. A proteção dos direitos autorais também pode ser concedida para os resultados de análises de dados elaboradas com um nível suficiente de criação[87]. As leis de direitos autorais da Europa e da Alemanha contêm, em especial, regulamentos sobre mineração de texto e dados[88]. Os direitos autorais também são particularmente importantes no que diz respeito a criações independentes de

---

[83] Para ilustrar a multiplicidade existente até o momento, referimo-nos a T. Hoeren et al. (Orgs.), Handbuch Multimediarecht. Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, Março de 2022, que trata de uma multiplicidade de campos do Direito, incluindo as normas predominantes de proteção dos dados pessoais.

[84] Cf., por todos, M. Bäcker/E. Denninger/K. Graulich (Orgs.), Handbuch des Polizeirechts. Gefahrenabwehr – Strafverfolgung – Rechtsschutz, 7. Ed. 2021, espcialmente o capítulo G e H. Especalmente sobre direito à reunião, *v. T. Busch*, Digitale Transformation des Versammlungsrechts, 2022; *M- Martini et al.,* Digitale Versammlungsbeobachtung, 2023.

[85] De modo pormenorizado sobre as possibilidades de uso e modificações da Lei dos direitos autorais alemã no contexto da digitalização, *v. L. Kuschel,* Digitalisierung. Umbruch oder Fortentwicklung im Recht des geistigen Eigentums, in: M. Eifert (Org.), Digitale Disruption und Recht, 2020, 93 e ss; *Y. Borutta,* Immaterialgüterrechtlicher Schutz von KI-Systemen, in: T. Hoeren/S. Pinelli (Orgs.), Künstliche Intelligenz, Ethik und Recht, 2022, p. 347 e ss.

[86] *A. Wiebe* in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Ed. 2019, § 87a UrhG, número de margem 7 e ss.; *Ibidem*., Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2017, 338 e ss.

[87] *M. Fries/M. Scheufen*, Märkte für Maschinendaten, Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung 2019, 721, 723.

[88] Neste ponto, desde a perspectiva do direito econômico, *H. Brockmeyer,* Text und Data Mining, 2022, 45 e ss, 67 e ss, 89 e ss.

inteligências artificiais generativas (por exemplo, DALL-E da OpenAI)[89].

O Direito de patentes na Alemanha ou outras áreas do Direito de proteção a bens imateriais não concedem, em princípio, proteção aos dados em si[90]. Entretanto, há um debate sobre a criação de uma proteção específica para os dados[91]. Uma questão controversa é se, e até que ponto, deve haver um direito geral do produtor de dados, em especial um direito de propriedade sobre dados industriais e outros dados importantes no setor econômico[92].

Neste contexto, há também discussões sobre o direito de acesso de terceiros não apenas aos dados disponíveis pelo Estado (palavra-chave: leis de liberdade de informação), mas também a dados de máquinas ou industriais, bem como outros dados não pessoais coletados ou adquiridos de particulares. Tal direito pode ser significativo como um contrapeso, especialmente defronte a monopolização ou oligopolização de partes importantes da economia de TI[93]. Sem o direito de acesso aos dados (mediante pagamento, caso necessário), e da sua utilização no campo do Big Data, bem como do uso de IA, as inovações, especialmente de outras empresas e de outros atores, podem ser dificultadas ou mesmo impossibilitadas.

Os dados socialmente relevantes não devem ser compreendidos hoje apenas como produto do "produtor de dados". Eles se baseiam nas muitas possibilidades engendradas pela transformação digital, designadamente em serviços avançados na forma de hardware disponível, infraestruturas úteis, know-how desenvolvido na

---

[89] DALL-E é uma IA, que pode gerar imagens 2D e 3D a partir de descrições textuais. Sobre as possibilidades e limites da Lei dos Direitos Autorais neste âmbito, v., *M. Muhr*, KI-Schöpfungen und Urheberrecht, 2022.

[90] Cf., por exemplo, *T. Riehm,* Rechte an Daten – Die Perspektive des Haftungsrechts, Versicherungsrecht 2019, 714, 718 e ss.

[91] Cf., por todos, *K. H. Fezer,* Ein originäres Immaterialgüterrecht sui generis an verhaltensgenerierten Informationsdaten der Bürger, Zeitschrift für Datenschutz 2017, 99. Acerca das discussões, nas quais outras precauções à proteção são aventadas, v., *M. Fries/M. Scheufen* (nota de rodapé 87); *T. Riehm* (nota de rodapé 90); *T. Hoeren*, Datenbesitz statt Dateneigentum, Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung 2019, 5 e ss., se pronuncia pela proteção da posse dos dados, e não da propriedade dos dados. Claramente contra a propriedade de dados, *L. Determann*, Gegen Eigentumsrechte an Daten, Zeitschrift für Datenschutz 2018, 503.

[92] Sobre o tema, *v.* S. Simitis/G. Hornung/I. Spiecker gen. Döhmann (Orgs.), Datenschutzrecht 2019, Introdução, número de margem 27 com fundamentações nas notas de rodapé 61, 62, número de margem 311, com fundamentos na nota de rodapé 712 – também indicações de vozes críticas; em especial no contexto da inteligência artificial, v., *J. Krausen,* Künstliche Intelligenz als Erfindung und Erfinder, 2023, p. 107 e ss, 200 e ss.

[93] Sobre a discussão, v., igualmente *M. Fries/M. Scheufen* (nota de rodapé 87) e – da perspectiva econômica – *W. Kerber*, A New (Intellectual) Property Right for Non-Personal Data? An Economic Analysis, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil 2016, 989 e ss.

ciência e serviços de terceiros. Isso pode justificar, a rigor, a atuação do legislador na criação de certos direitos de acesso com referência à natureza socialmente vinculante dos dados em questão e ao objetivo de garantir o funcionamento da concorrência, ou mesmo à busca de outros fins de bem-estar público[94]. Assim objetiva, dentre outros, o projeto de Data Act europeu apresentado pela comissão da UE em fevereiro de 2022, no sentido de criar um âmbito jurídico para a promoção do uso comum de dados no mercado digital europeu, em que os direitos de acesso sejam alçados a um nível contratual[95].

A questão concernente aos direitos especiais de acesso, por exemplo através da expansão do Open Access[96], se relaciona também, porém não apenas, à pesquisa universitária e correlatas. A ausência de acessibilidade aos dados impede que o público tenha acesso a conhecimentos que podem ser importantes para a realização de tarefas futuras.

Problemas jurídicos e fáticos muito delicados terão de ser enfrentados conjuntamente com o uso fortalecido dos sistemas algoritmos de aprendizagem. Esse é o caso, por exemplo, quando eles participam de forma independente do tráfego jurídico e realizam atos com vinculação jurídica, ou violam obrigações legais, que podem, ou deveriam, desencadear responsabilidade desde uma perspectiva de política jurídica, ou que até mesmo se tornem relevantes na seara do direito penal[97].

---

[94] Cf., *M. Peitz/H. Schweitzer*, Ein neuer europäischer Ordnungsrahmen für Datenmärkte? Neue Juristische Wochenschrift 2018, 275, 278 e ss.; *A. Wiebe/N. Schur* (nota de rodapé 78), 467 e ss.

[95] Neste ponto, por exemplo, *L. Specht-Riemenschneider* (nota de rodapé 77); *A. Wiebe,* The Data Act Proposal, Access rights at the Intersection with Database Rights and Trade Secret Protection, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2023, 227 e ss.

[96] Cf., por todos, *S. Krujatz,* Open Access, der offene Zugang zu wissenschaftlichen Informationen und die ökonomische Bedeutung urheberrechtlicher Ausschlussmacht für die wissenschaftliche Informationsversorgung, 2012; *M. Scheufen*, Copyright versus open access. On the organisation and international political economy of access to scientific knowledge, 2015.

[97] Acerca da aplicação do Direito penal, v. *K. Gaede*, Künstliche Intelligenz – Rechte und Strafen für Roboter? 2019. Exigências amplas para o reconhecimento jurídico das „pessoas artificiais" objetivam, por exemplo, conceder o direito às inteligências artificiais de por si mesmas processarem ou ser processadas, posições jurídicas próprias tutaladas, ou de fazer disposições próprias sobre posições jurídicas absolutas, v. *G. Bar,* (nota de rodapé 5), p. 369 e ss. Sobre a questão da responsabilidade sob outra terminologia, („ePerson") demonstrada numa direção similar, porém atualmente ainda rejeitada, *P. Reusch,* Future Law, 2. ed., 2022, p. 80 e ss. Especialmente sobre o projeto de uma diretriz da UE sobre responsabilidade da IA (publicado em 28.9.2922 COM(2022) 496 final) v. *D. Staudenmayer*, Haftung für Künstliche Intelligenz, Neue Juristische Wochenschrift 2023, 894 e ss.

5. Necessidade Especial de Regulação no Desenvolvimento e na Utilização da Inteligência Artificial

As novas formas de questionamento estão vinculadas, em especial, aos desdobramentos nas áreas de aplicação e às possibilidades de uso da inteligência artificial. Cito aqui apenas duas expressões: de um lado, a affective computing, que visa capturar e usar emoções como alegria, raiva ou tristeza, interpretando características faciais ou o respectivo tom de voz[98]. Particularmente importante é o desenvolvimento da IA generativa, ou seja, a IA que pode criar e alterar textos, imagens, sons e vozes ou escrever textos no estilo de outra pessoa que não seja o autor do texto. Um exemplo muito discutido é o modelo de linguagem ChatGPT (Generative Pre-trained Transformer Chatbot), desenvolvido pela empresa norte-americana OpenAI. Seu modo de operação levantou preocupações consideráveis sobre possíveis usos indevidos, mas também sobre questões de proteção de dados e direitos autorais. Esse foi o gatilho para discussões intensas, não apenas sobre as novas chances, mas também, e sobretudo, acerca dos riscos da IA. Com referência expressa aos desenvolvimentos atualmente imprevisíveis, os empresários e cientistas proeminentes pediram uma moratória[99]. Também houve pleitos à regulação estatal; até mesmo as proibições estatais deixaram de ser tabus[100].

Diante da extensão deste campo problemático, gostaria de referenciar aqui apenas os atuais esforços na União Europeia para a criação de uma estrutura regulatória. No ano de 2021, a Comissão da UE apresentou uma proposta de

---

[98]No projeto de Regulamento de IA da UE, o art. 3, n. 34, refere-se a "sistemas de reconhecimento de emoções", para os quais se aplicam obrigações especiais de informação de acordo com o art. 52 (2), e que são classificados como sistemas de alto risco se forem usados nas áreas de escolha pessoal, persecução penal ou migração, asilo e controle de fronteiras. *I. Orssich*, Das europäische Konzept für vertrauenswürdige Künstliche Intelligenz, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2022, 254, 259 e ss.; igualmente, *J. Kalbhenn,* Designvorgaben für Chatbots, Deepfakes und Emotionserkennungssystemen: Der Vorschlag der Europäischen Kommission zu einer KI-VO als Erweiterung der medienrechtlichen Plattformregulierung, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2021, 663 ,669 e ss.

[99] Conferir a carta aberta da Organização Future of Life de 22.03.2023: „Pause Giant AI Experiments", https://futureoflife.org/open-letter/pause-giant-ai-experiments/, obtida em 17.04.2023.

[100] Por exemplo, a autoridade italiana de proteção de dados bloqueou provisoriamente o aplicativo ChatGPT em 30.03.2023. Para obter uma primeira visão geral das questões jurídicas específicas v. *T. Hoeren,* „Geistiges Eigentum" ist tot – lang lebe ChatGPT, in: Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung 2023, 81 e ss.

resolução europeia da IA[101], que foi objeto de crítica por vários setores. Em junho de 2023, o Parlamento Europeu, que precisaria aprovar tal resolução, aprovou por maioria ampla e com emendas de alteração muito extensas[102]. A complexidade da tarefa é ilustrada pela determinação do objetivo de tal regulamentação através do Parlamento Europeu, aqui literalmente reproduzida: "A finalidade do presente regulamento é promover a adoção de uma inteligência artificial centrada no ser humano e fiável e assegurar um elevado nível de proteção da saúde, da segurança, dos direitos fundamentais, da democracia, do Estado de direito e do ambiente contra os efeitos nocivos dos sistemas de inteligência artificial na União, apoiando simultaneamente a inovação e melhorando o funcionamento do mercado interno. O presente regulamento estabelece um quadro jurídico uniforme para o desenvolvimento, a colocação no mercado, a entrada em serviço e a utilização de inteligência artificial em conformidade com os valores da União e assegura a livre circulação transfronteiras de produtos e serviços baseados em inteligência artificial, evitando assim que os Estados-Membros imponham restrições ao desenvolvimento, à comercialização e à utilização dos sistemas de inteligência artificial (sistemas IA), salvo se explicitamente autorizado pelo presente regulamento. Determinados sistemas de IA podem também ter impacto na democracia, no Estado de direito e no ambiente. Estas preocupações são especificamente abordadas nos setores críticos e enunciam casos enumerados nos anexos do presente regulamento".

---

[101] Comissão Europeia, 2021. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (Regulamento Inteligência Artificial) e altera determinados atos legislatives da União, COM(2021) 206, disponível online em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF (recuperado pela última vez em 26.06.2023).

[102] Parlamento Europeu, 2023. Lei da Inteligência Artificial. Alterações do Parlamento Europeu, de 14 de junho de 2023, à proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (Lei da Inteligência Artificial) e que altera determinados atos da União (COM(2021)0206 - C9-0146/2021 - 2021/0106(COD)), 14 de junho de 2023, P9_TA(2023)0236, disponível em linha em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_PT.pdf (último acesso em: 23.06.2023).

6. Disrupções e Transformações no Uso de Tecnologias Digitais no Direito (Legal Technology/Computational Law)

O direito não é apenas um instrumento para acompanhar o uso de tecnologias digitais e moldá-las de forma a se compatibilizarem com o bem-estar individual e público, mas o próprio direito também pode fazer uso tecnologias digitais[103]. Os sistemas algorítmicos podem ser usados - desde que não sejam legalmente proibidos - na elaboração, interpretação, aplicação e implementação do Direito, inclusive para a emissão automatizada de decisões[104]. As tecnologias digitais também podem ser usadas para fornecer consultoria jurídica ou facilitar o acesso à lei, dentre outras funções[105]. A utilização de tecnologias digitais no âmbito do Direito é comumente caracterizada com o conceito de Legal Technology (Legal Tech)[106].

---

[103] Da abrangente literatura sobre o tema e sobre a mudança do Direito através da sua digitalização, v., por exemplo, L. Gschwend et al. (Orgs.), Recht im digitalen Zeitalter. Festgabe Schweizer Juristentag 2015 in Sankt Gallen, 2015; *G. Buchholtz*, Legal Tech. Chancen und Risiken der digitalen Rechtsanwendung, Juristische Schulung 2017, 955 e ss.; *V. Boehme-Neßler*, Die Macht der Algorithmen und die Ohnmacht des Rechts. Wie die Digitalisierung das Recht relativiert, Neue Juristische Wochenschrift 2017, 3031 e ss.; *J. Wagner*, Legal Tech und Legal Robots in Unternehmen und den diese beratenden Kanzleien, Betriebsberater 2017, 898 e ss.; *C. Ernst*, Algorithmische Entscheidungsfindung und personenbezogene Daten, Juristenzeitung 2017, 1026 e ss.; A. Klafki et al., (Orgs.), Digitalisierung und Recht, 2017; M. R. Schulz/A. Schunder-Hartung (Orgs.), Recht 2030. Legal Management in der digitalen Transformation, 2019; *G. Rühl,* Einsatz von KI-Systemen in der Justiz, in: Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz/F. Rostalski (Orgs.), Künstliche Intelligenz. 2023, 269 e ss.

[104] Um exemplo é o ato administrativo automatizado (art. 22 do RGPD-UE; § 35a VerwVerfG). Sobre isso, v., *H. Kube*, E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 78, 2019, 299, 301 e ss., 307 e ss.; *A. Guckelberger,* Automatisierte Verwaltungsentscheidungen: Stand und Perspektiven, Die Öffentliche Verwaltung 2021, 566; *J. Eichenhofer,* Der vollautomatisierte Verwaltungsakt zwischen Effizienz- und Rechtsschutzgebot, Die Öffentliche Verwaltung 2023, 93; *M. Ludwigs/A. Velling,* Der vollständig automatisierte Verwaltungsakt in den Grenzen des Europa- und Verfassungsrecht, Verwaltungsarchiv 2023, 71.

[105] Um panorama sistemático e minucioso sobre os campos de atividade da Legal Tech e sobre os conceitos correspondentes, cf., *J. Wagner* (nota de rodapé 106); sobre as questões decorrentes da aplicação sem lacunas do Direito possibilitada por instrumentos digitais ("execução") - em particular, um "direito de violar a lei" no Direito otimizado digitalmente, v. *T. Rademacher/E. Schilling,* Digitale Berechenbarkeit versus Zufall in Literatur und Recht, in: C. Piallat [25]), 154 e ss. Numa direção interrogativa análoga para um excesso na produção legislativa, *G. Wagner,* Algorithmisierte Rechtsdurchsetzung, in: Archiv für die civilistische Praxis 222 (2022), 57, 89 e ss.

[106] Cf., por exemplo os manuais de S. Breidenbach/F. Glatz (Orgs.), Rechtshandbuch Legal Tech, 2. Ed. 2021; M. Hartung/M. Bues/G. Halbleib (Orgs.), Legal Tech, Die Digitalisierung des Rechtsmarkts, 2018; D. Szostek/M. Zalucki (Orgs.), Legal Tech, Information technology tools in the administration of justice, 2021.

Outros preferem o conceito de Computational Law[107], ou mesmo combinam ambos os conceitos no sentido de que a Legal Technology se basearia na aplicação do Computational Law[108].

Como vantagens no uso da tecnologia digital no campo do Direito, são enfatizadas, em especial, a simplificação do trabalho, as possibilidades de prolação das decisões em menor tempo, a eficiência, a capacidade de processamento de grandes quantidades de informações, às vezes bastante heterogêneas, bem como as possibilidades mais avançadas de avaliação das consequências. Existem, nada obstante, também déficits[109]. Assim, embora existam possibilidades sofisticadas de correlação de dados, não há nenhuma para registrar as relações causais que são particularmente importantes no Direito[110]. Os sistemas algorítmicos - pelo menos de acordo com suas atuais capacidades de desempenho técnico - não possuem algumas habilidades típicas das ações de pessoas ou das interações entre elas, que também são importantes nos atos de aplicação do Direito. Por exemplo, eles não têm a capacidade de usar o conhecimento implícito, que é deveras importante para a ação humana. Deficitária é igualmente a capacidade de uso da criatividade, da empatia e da intuição, que são importantes para os juristas e para o Poder Judiciário. Os algoritmos (pelo menos até o presente momento) têm limitações na atribuição de sentido conduzidos pela argumentação, o que é de suma importância para a interpretação de normas jurídicas. Pelo menos, é limitada a capacidade de realizar avaliações complexas com ajustes relacionados ao contexto dos critérios de

---

[107] Cf., *M. Hildebrandt* Projeto de Pesquisa Iniciado „Accounting as a human being in the era of computational law" (COHOBICOL), https://www.cohubicol.com/contact.

[108] Cf., *M. Genesereth* in dem Essay: Computational Law. The Cop in the Backseat, Codex X: The Center for Legal Information, Stanford University, 2015. Em síntese, isto signifca: "Legal technology based on Computational Law has the potential to dramatically change the legal profession, improving the quality and efficiency of legal services and possibly disrupting the way law firms do business."

[109] Em relação às discussões e sobre as possibilidades e dificuldades da Legal Tech, v., por todos, *M. Hildebrandt*, Law as computation in the era of artificial legal intelligence. Speaking law to the power of statistics, 68 University of Toronto Law Journal 2018, 1; *N. Graichen,* Die Automatisierung der Justiz, 2022, 132 e ss.; *M. Araszkiewicz,* Computational Legal Problem Solving. What can LegalTech Learn from AI and Law Research, and Beyond?, in: D. Szostek/M. Zalucki (Orgs.), Legal Tech, 2021, p. 102 e ss, 108 e ss. Ele traça a história do desenvolvimento das aplicações da Legal Tech e indica, dentre outras, que essas dificuldades levaram a um foco em uma abordagem centrada na jurisprudência que se baseia menos em seu próprio debate argumentativo ("rule-based reasoning") e mais na comparação com um grande número de sentenças já proferidas ("case-based reasoning").

[110] Sobre a limitação dos instrumentos digitais na aquisição de correlações, v., *M. Hildebrandt* (nota de rodapé 10), 37 e ss.

avaliação, bem como a sua classificação.

No entanto, em vista do rápido desenvolvimento, não apenas da IA, as tecnologias digitais provavelmente serão cada vez mais utilizadas no contexto jurídico. A Estônia, por exemplo, já está planejando que as ações judiciais com um valor de até € 7.000 sejam decididas por "juízes robôs" em primeira instância[111]. Já está se tornando evidente que a digitalização não está apenas mudando as funções dos profissionais da área jurídica, mas também tem influenciado a natureza das normas jurídicas, bem como a metodologia para lidar com o Direito, bem como a possibilidade de garantir transparência, responsabilidade, controle e proteção jurídica. Também será importante garantir que a eficácia dos elementos de sustentação de um Estado de Direito, democrático e social, não seja prejudicada.

Aqui também é necessário um acompanhamento crítico pela Ciência do Direito, não apenas com relação aos resultados e à transparência de decisões concretas[112], mas também aos efeitos sobre o desempenho e a qualidade do direito, e sobre a metodologia adequada[113].

VIII. Transformação do Procedimento Trans/Interdisciplinar e da Cooperação Trans/Internacional

A mudança evolucionária, ou mesmo revolucionária, desencadeada pelas disrupções digitais, e as transformações associadas a ela, não pode ser analisada cientificamente e de forma adequada com uma atitude de segmentação disciplinar. Isto vale também para a Ciência do Direito. Caso não queira ficar desorientado, com uma espécie de bengala de cego, num mundo cada vez mais complexo da digitalização, é preciso estar preparado para ampliar a visão transdisciplinar e

---

[111] Cf., *G. Rühl* (nota de rodapé 106), 269, 281; um panorama sobre a utilização de programas de apoio digital na Justiça alemã é dado por *W. Bernhardt,* Germany, in: D. Szostek/M. Zalucki (Orgs.), Legal Tech, 2021, p. 528 e ss., e por *N. Graichen* (nota de rodapé 112), 132 e ss.

[112] Desta forma, por exemplo, o projeto de regulação de IA da UE classifica os sistemas de IA que são usados na determinação e interpretação de fatos e disposições legais como sistemas de IA de alto risco, que estão sujeitos a requisitos particularmente rigorosos. Cf., *G. Rühl,* (nota de rodapé 106), 285.

[113] Cf., por exemplo, os deveres no projeto de pesquisa citado acima (nota de rodapé 110) COHUBICOL: "The overarching goal is to develop a new hermeneutics for computational law, based on (1) research into the assumptions and (2) the implications of computational law, and on (3) the development of conceptual tools to rethink and reconstruct the Rule of Law in the era of computational law".

cooperar trans e interdisciplinarmente.

Eu gostaria de ilustrar os atuais desafios da pesquisa através da indicação da multiplicidade de áreas de aplicação. A essas áreas pertencem, *v.g.*, a avaliação da capacidade de crédito de uma pessoa, o processamento de transações financeiras, a previsão de reincidência de crimes, configuração dinâmica de preços, mas igualmente os veículos automatizados, a influência do comportamento no setor de consumo, ou nos processos eleitorais, bem como na utilização de drones inteligentes para vigilância e para fins bélicos. Estas e outras possibilidades de uso podem influenciar massivamente o comportamento individual e coletivo – com consequências positivas e negativas.

A cooperação trans e interdisciplinar é importante especialmente quando surgem novos campos de pesquisa. Eu cito um exemplo: tradicionalmente, identificamos a capacidade de agir de forma autônoma em regra nos seres humanos, e protegemos juridicamente a possibilidade de fazer isso. Nada obstante, é preciso lidar com o fato de que os sistemas algorítmicos de aprendizagem têm uma autonomia relativa na resolução de tarefas. Há também muitas discussões no Direito sobre as consequências resultantes, como questões relativas à capacidade jurídica (parcial) dos sistemas de aprendizagem [114], ou até mesmo a atribuição de responsabilidade aos mesmos[115].

Por fim, deve ser enfatizado novamente que a utilização do Direito deve ser adaptada ao fato de que as tecnologias digitais são utilizadas em todo o mundo sem barreiras fronteiriças, e frequentemente conectadas trans e internacionalmente. Isso requer uma expansão transnacional e internacional da visão e da cooperação, mas também instrumentos para garantir que os respectivos sistemas jurídicos estejam alinhados com tal propósito. Neste contexto, o Direito é chamado a levar fortemente em consideração o entrelaçamento trans e internacional das ordens jurídicas.

---

[114] Cf., por exemplo, *G. Teubner*, Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten, in: Archiv für die civilistische Praxis 218 (2018), 155 e ss; amplas exigências a este respeito estão alinhavadas em *G. Bar,* (not de rodapé 4), p. 369 e ss.

[115] Cf., por exemplo, *H. Zech,* Entscheidungen digitaler autonomer Systeme: Empfehlen sich Regelinngen zur Verantwortung und Haftung? Verhandlungen des 73. Deutschen Juristentages, vol. I, 2020. *P. Reusch* (nota de rodapé 97), p. 80 e ss; *C. Wendehorst,* Liability for Artificial Intelligence, in: S. Voeneky et al. (Orgs.), The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence, 2022, p. 187 e ss., especialmente sobra o projeto de uma diretriz da UE sobre responsabilidade da IA (publicado em 28.9.2022 COM(2022) 496 final) v. *D. Staudenmayer* (nota de rodapé 97), 894 e ss.

Os fenômenos e os futuros desenvolvimentos da transformação digital igualmente devem ser levados em consideração, de forma sustentável, no ensino do Direito. Isso não pode ser realizado de maneira contingente. Requer, portanto, um ensino direcionado de competências para lidar com as consequências da digitalização e sua incorporação à metodologia jurídica.

IX. Perspectiva

A relativa imprevisibilidade dos novos desenvolvimentos, e a concretização de oportunidades e riscos, bem como as múltiplas mudanças transformadoras que os acompanham, devem ser motivo para considerar a busca por respostas adequadas no Direito como uma tarefa contínua. Os ordenamentos jurídicos devem reagir intensamente aos desenvolvimentos transformadores e conduzi-los de forma orientada ao bem comum. O Direito, a rigor, também pode ter um efeito transformador em âmbitos não-jurídicos.

Tais desafios não são apenas para as práticas jurídica e política, mas igualmente para a Ciência do Direito. Esta última deve, *pari passu*, aproveitar as oportunidades para desenvolver a sua competência transdisciplinar e a sua orientação transnacional, também no curso de um acompanhamento científico crítico dos processos transformadores.

Como e qual será a extensão das mudanças fundamentais no sistema jurídico que serão provocadas pelos impulsos da disrupção digital é, no entanto, uma questão ainda em aberto. As inúmeras consequências sociais da transformação digital têm, portanto, o potencial de desencadear mudanças significativas e transformadoras no Direito, máxime com o objetivo de expandir as possibilidades de melhora das condições de vida, e de evitar e superar os riscos. Remanesce especialmente importante assegurar o desempenho dos princípios do Estado Social e de Direito, bem como o da legitimação democrática, tendo em vista as demais mudanças transformadoras que igualmente os afetarão.

36. CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: DESAFIOS DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO CONTEMPORÂNEA[1]

https://doi.org/10.36592/9786554600668-36

Giovani Agostini Saavedra[2]

No final da década de 90, o debate internacional contemporâneo sobre constitucionalismo era dominado por dois confrontos teóricos em particular: (1) Comunistarismo e Liberalismo e (2) *Precommitment and the Paradox of Democracy* que também é denominado com os termos: *Constitutionalism and Democracy* (Elster/Slagstad, 1988). Ao se posicionar perante este debate Habermas mostrou que as diferenças entre comunitarismo e liberalismo estavam centradas basicamente na forma como essas posições concorrentes compreendem o processo democrático de formação da vontade e da esfera pública. Por outro lado, Habermas mostrou de maneira definitiva que o aparente conflito entre democracia e constitucionalismo não passa de aparência de conflito. Na verdade, ambos estariam intrinsecamente interligados em função da conexão interna entre Estado de direito e democracia (Habermas, 1999: 277 e 293)[3].

---

[1] A primeira versão do argumento desenvolvido aqui foi publicada na Revista Brasileira de Direito Constitucional: Saavedra, Giovani. Hermenêutica Constitucional, Democracia e Reconhecimento: Desafios da Teoria da Constituição Contemporânea. *In*: Revista Brasileira de Direito Constitucional, no. 7, jan./jun., 2006, vol 1, pp. 265-290. No espaço que separa a publicação desse primeiro artigo e o que agora se apresenta ao público, as mudanças seja no debate sobre hermenêutica e teoria da constituição, seja na própria sociedade com uma aceleração incrível de uma dimensão digital do espaço social, tornaram necessário revistar as teses lá defendidas para se adequar aos desafios contemporâneos. Nesse sentido, o artigo que se apresenta agora ao público é uma versão revisitadas e atualizada dos argumentos publicados em 2006.

[2] Giovani Agostini Saavedra (giovani.saavedra@saavedra.adv.br) é professor Universidade Presbiteriana Mackenzie - SP. Doutor em Direito e Filosofia pela Johann Wolgang Goethe – Universidade de Frankfurt. Mestre e bacharel em Direito pela PUCRS. Sócio fundador do Saavedra & Gottschefsky – Sociedade de Advogados.

[3] Nesse período, o trabalho de Jürgen Habermas contribuiu decisivamente para renovar o debate em novos termos. Os principais autores e obras, que contribuíram para a definição das principais posições são especialmente os seguintes: Habermas, Jürgen. *Faktizität und Geltung. Beiträgre zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1992 [Trad. Português: Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997]; Michelman, Frank. *Brennan and Democracy*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1999; Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996 [Trad. Português: Dworkin, Ronald. O *império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999]; Dworkin, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, MA: Harvard

Do ponto de vista da evolução da jurisprudência constitucional brasileira, esse debate pareceu perder força pelas simples evidência prática de que a visão neoconstitucionalista, de certa forma, tornou-se lugar comum na forma como magistrados(as) passaram a compreender sua função: com a justificativa da busca pela "justiça" no caso concreto, aos poucos, os compromissos com o positivismo, aplicação da lei e das conquistas do princípio da legalidade próprios de um Estado Democrático de Direito, deram lugar a uma visão de que o(a) julgador(a) deve ter liberdade e se "libertar" das amarras das "formalidades" excessivas de um "positivismo retrógrado" para dar mais espaço para que o magistrado possa, de fato, "fazer justiça" no caso concreto. De uma maneira geral, pode-se dizer que, no Brasil, a realidade dos tribunais mostra que o modelo de juiz Hércules (Dworkin) venceu e se tornou o padrão na atuação prática dos tribunais brasileiros.

Desde há muito tempo, os riscos dessa tendência têm sido diagnosticados[4], mas parece que as evoluções recentes e desafios democráticos oriundos da "sociedade em rede" [5] os potencializaram ainda mais: o problema se torna especialmente relevante perante a ampliação das possíveis "ameaças à democracia", em especial tem crescido a percepção de que a disseminação de *fake news* pode ser um catalizador de movimentos antidemocráticos, ou seja, se antes, a preocupação com as *fake news* estava restrita a uma possível influência dos resultados das eleições, após os atentados, fala-se em ameaça à democracia e às instituições democráticas[6]. De um lado, tem surgido de maneira cada vez mais

University Press, 1996; Post, Robert. *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995; Rawls, John. *Political Liberalism*. Nova Iorque: Columbia University Press, 2005; Gutman, Amy. *Multiculturalism: examining the Politics of Recognition*. Princeton: Princeton University Press, 1994; Honneth, Axel. *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1992 [Trad. Português: Honneth, Axel. *Luta por Reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003].

[4] Ver, a esse respeito: Saavedra, Giovani. *Jurisdição e Democracia. Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

[5] Castells, Manuel. *A Sociedade em Rede*. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2021.

[6] Ver referências citadas nas notas 5 e 6. As preocupações com os desafios da democracia na era digital não são novas. Moore sistematizou os principais desafios em seu já clássico livro: Moore, Martin. *Democracy hacked. political turmoil and information warfare in the digital age*. Londres: Oneworld, 2018. Ver, a esse respeito também: Morelock, Jeremiah; Narita, Felipe Ziotti. *The Society of the Selfie Social Media and the Crisis of Liberal Democracy*. Londres: University of Westminster Press, 2021. O'Neil, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. Nova Iorque: Crown Publishers, 2016.

intensa a pergunta sobre se estamos diante de uma nova corrente do constitucionalismo: o constitucionalismo digital[7]. E, de outro, sobre o substrato material de um Estado Democrático de Direito[8].

O presente artigo tem, portanto, como objetivo principal fazer uma revisão teórico-conceitual desse debate. Num primeiro momento, o modelo do juiz hércules de Dworkin será utilizado como tipo ideal do neoconstitucionalismo, que domina a realidade dos tribunais brasileiros[9]. A seguir, será feita crítica desse modelo com base na teoria habermasiana, para então, num último momento, apresentar o paradoxo da democracia revisitado.

I. O tipo ideal de interpretação constitucional contemporâneo: o método Hércules

Dworkin usa como recurso argumentativo para explicar a sua teoria da interpretação constitucional a ideia de um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chama de Hércules (Dworkin, 1978: 105). Hércules aparece pela primeira vez na obra de Dworkin, no artigo Casos Difíceis ("hard cases") (Dworkin, 1978: 81-130) tendo como rival o juiz Herbert, que aceita a teoria da decisão judicial e se propõe a aplicá-la em suas decisões (Dworkin, 1978: 125). Hércules aparece novamente no livro "O Império do Direito" ("Law's Empire")

---

[7] Ver, a esse respeito: Saavedra, Giovani; Borges, Gabriel Oliveira de Aguiar. Constitucionalismo Digital Brasileiro, *in*: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 49, n. 152, Junho, 2022, pp. 157-180; Sousa, Simão Mendes de. *Constitucionalismo Digital: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2022; Celeste, Edoardo. *Digital Constitucionalism. The Role of Internet Bill of Rights*. Londres/Nova Iorque: Routledge, 2023 e Gavião Filho, Anizio Pires; Motta, Francisco José Jorge; Paulo, Lucas Moreschi. *O Constitucionalismo Digital e a Crise das Democracias Liberais*. São Paulo: Dialética, 2023.

[8] Esse debate foi renovado recentemente em duas vertentes: uma desenvolvida por Axel Honneth e vinculada a uma reatualização da filosofia do direito e da teoria do reconhecimento de Hegel e outra desenvolvida por Frank Michelman a partir da teoria de John Rawls. Ver a esse respeito: Honneth, Axel. *Das Recht der Freiheit. Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2013 [Trad. Português: Honneth, Axel. *O Direito da Liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2015] e Michelman, Frank. *Constitutional Essentials: On the Constitutional Theory of Political Liberalism*. Oxford: Oxford University Press, 2022. Ver, também, a esse respeito: Gavião Filho, Anizio Pires; Motta, Francisco José Jorge; Paulo, Lucas Moreschi. *O Constitucionalismo Digital e a Crise das Democracias Liberais*. São Paulo: Dialética, 2023.

[9] O modelo „tipológico" tem inspiração weberiana e foi utilizado de maneira muito produtiva para analisar os tipos ideias de democracia e constituição por Barzotto. O modelo utilizado aqui inspira-se nesse modelo utilizado pelo autor em: Barzotto, Luis Fernado. *A Democracia na Constituição*. São Leopoldo: UNISINOS, 2003, pp. 13 e ss.

tendo como rival o juiz Hermes que defende a interpretação das leis conforme a intenção do legislador (Dworkin, 1986).

Dworkin utiliza este artifício para explicar, passo a passo, como deveria acontecer toda a prática interpretativa. Dworkin supõe que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considera que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores, cujo fundamento racional aplica-se ao caso em juízo (Dworkin, 1978: 105).

Para Hércules, o direito real contemporâneo consiste nos princípios que proporcionam a melhor justificativa disponível para as doutrinas e dispositivos do direito como um todo. Ele guia sua interpretação pelo princípio da integridade na prestação jurisdicional, que o força a ver, na medida do possível, o direito como um todo coerente e estruturado (Dworkin, 1986: 373). Hércules deve descobrir a série coerente de princípios capaz de justificar a história institucional de um determinado sistema de direitos, do modo como é exigido pela eqüidade e deve ampliar sua teoria de modo a incluir a idéia de que uma justificação da história institucional pode apresentar uma parte dessa história como um erro (Dworkin, 1978: 121).

Dworkin, traça uma distinção entre as duas dimensões principais desse juízo interpretativo: (a) adequação e (b) justificação. Assim, a atividade pós-interpretativa do juiz (sentença) deve ser extraída de uma interpretação que se adapte aos fatos anteriores e os justifique. Porém, o direito, a exemplo da literatura, apresenta uma interação complexa entre essas duas dimensões. Hércules, então, é chamado para executar a tarefa de expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica (Dworkin, 1986: 238-39).

Dworkin se valerá de Hermes para provar que a teoria da intenção do legislador não se sustenta, principalmente, sob um viés de análise realista do processo legislativo, que evidencia o fato de que não temos como identificar quem a representa. Devemos considerar como representantes da intenção do legislativo: os parlamentares que votaram a favor ou aqueles que votaram contra o projeto? Os lobistas, as pessoas que mandaram cartas aos parlamentares, o Presidente que

assinou o projeto, ou os funcionários que elaboraram o projeto inicial? Dworkin aprofunda essas críticas com argumentos psicológicos que tornam a empreitada do juiz Hermes mais complexa, pois não temos como identificar qual é realmente a intenção de uma pessoa. Hermes, então, acaba, por força descobrindo que deve aceitar os métodos que inicialmente descartou, ou seja, aqueles elaborados e aplicados pelo juiz Hércules (Dworkin, 1986: 317-337) e nesse ponto: "Podemos deixar Hermes. Seu novo método precisa de uma minuciosa elaboração, mas ela não será feita por ele, uma vez que se tornou gêmeo de Hércules" (Dworkin, 1986: 337).

Hércules entende que as leis precisam ser lidas de algum modo que decorra da melhor interpretação do processo legislativo como um todo. Para ler a lei Hércules, usa, em grande parte, as mesmas técnicas de interpretação que utiliza para decidir casos de "common law". Tratará o Congresso como um autor anterior a ele na cadeia do direito, embora um autor com poderes e responsabilidades diferentes dos seus e, fundamentalmente, vai encarar seu próprio papel como o papel criativo de um colaborador que continua a desenvolver, do modo que acredita ser o melhor, o sistema legal iniciado pelo Congresso (Dworkin, 1986: 313). Ele irá se perguntar qual interpretação da lei mostra mais claramente o desenvolvimento político que inclui e envolve essa lei. Seu ponto de vista sobre como a lei deve ser lida dependerá em parte daquilo que certos congressistas disseram ao debatê-la. Mas dependerá, por outro lado, da melhor resposta a dar a determinadas questões políticas, por exemplo: até que ponto o Congresso deve submeter-se à opinião pública em questões do tipo do caso em tela, e se seria absurdo, em termos políticos, proteger uma espécie que, na opinião de Dworkin, é tão insignificante à custa de tanto capital (Dworkin, 1986: 313).

Quando Dworkin fala da distinção entre princípio e "política" ("policy"), ele diz que o juiz não poderá se guiar por argumentos de "política" somente de princípio (em sentido estrito). Porque, então, Dworkin aceita, em vários casos que descreve em suas obras, que Hércules utilizasse um argumento de política para fundamentar sua decisão? Dworkin responde da seguinte forma: quando Hércules interpretar uma lei, ele poderá utilizar argumentos de política para determinar quais os direitos devem ter sido criados por lei.

Essa fundamentação utilizada por Dworkin, está na base do neoconstitucionalismo que domina os tribunais brasileiro. Na prática, o resultado prático dessa teoria é absurdamente amplo, tendo em vista que o juiz acaba decidindo questões políticas e de justiça social em função da juridificação das relações sociais. Porém essas questões acabam sendo decididas pelo juiz de forma individual com base nas suas concepções de forma de vida para uma determinada comunidade. Ainda que ele procure reconstruir uma comunidade ideal, essa reconstrução é sempre a expressão da opinião de um indivíduo.

Dworkin apresenta ainda um argumento que rejeita a concepção que ele o chama de argumento da democracia. Este consiste na idéia de que as decisões políticas devem ser tomadas por pessoas eleitas pelo povo. Este argumento inclui no seu conceito de decisão política tanto a idéia de princípio em sentido estrito quanto à de política ("policy"). Portanto não seriam consideradas corretas as decisões de um juiz que recorresse a argumentos de princípio, muito menos aquelas que recorressem a argumentos de política ("policy").

Dworkin aplica então ao argumento democrático as mesmas objeções que fez aos métodos psicológicos e semânticos para então concluir que o juiz deve se perguntar sobre quais princípios poderia presumir que um legislador endossou ao votar a favor da lei, de modo que a decisão num caso controverso pudesse ser governada por esses princípios (Dworkin, 2001: 25). Dworkin critica ainda o argumento democrático sob dois prismas (a) o da exatidão e (b) o da (eqüidade): (a) ele se pergunta se é razoável que se pense que uma decisão legislativa tem maior probabilidade de ser mais exata que uma decisão judicial. E ele mesmo responde dizendo que não. Segundo Dworkin há mais argumentos no sentido de se perceber que os juízes têm maiores técnicas e preparo para dar respostas certas do que os legisladores ou a massa de cidadãos que elegem os legisladores. Os legisladores estão mais vulneráveis a pressões que os juízes e, portanto, gozam de uma posição institucional mais segura para fundamentar suas decisões, questões sobre direitos (Dworkin, 2001: 26-27). (b) há razões de eqüidade além das razões de exatidão. O legislativo dificilmente tomará uma decisão contrária a um setor influente politicamente, já o judiciário não tem essa pressão direta, tendo em vista que os setores da sociedade não podem "se vingar" do juiz, não votando nele. Por

decorrência, Dworkin entende que se pode afirmar que há mais chances de um juiz agir de forma equânime do que o legislador. Dworkin sustenta finalmente que aqueles que defendem o argumento democrático falham porque supõem que o público faz distinção entre as decisões políticas tomadas pelo legislativo e aquelas tomadas pelos tribunais, e acreditam que as primeiras são legítimas e as outras não. Ele entende que o senso público de ilegitimidade desapareceria se os juristas e outras autoridades reconhecessem que tais decisões são compatíveis com a democracia e o Estado de direito constitucional.

Para Dworkin todos os temas são propostos de acordo com o filtro de um procedimento argumentativo em que o juiz tem um papel central. A idéia luhmanniana de sistema autopoiético acaba tendo Dworkin como um grande aliado, pois, a partir da teoria de Dworkin, se percebe que direito é o que o juiz considera um meio adequado a um fim. Este meio, por sua vez, somente é direito se o juiz realiza a sua determinação dentro da sua competência, ou seja, somente enquanto juiz de direito ele pode determinar no caso concreto o direito (Luhmann, 1997: 203 e ss.). Hércules seria, portanto, o símbolo da inevitabilidade da liberdade de interpretação judicial – quando não da geração do direito pelo juiz. Hércules é um exemplo de que, na teoria de Dworkin, o juiz interpreta o papel central. Mais do que isso, o juiz atua como um intérprete, não só da lei, mas do "ethos" de uma comunidade de princípios. Dworkin sustenta uma espécie de interpretação judicial monológica a partir da qual definir os princípios e as formas de vida de uma comunidade não é tarefa de uma esfera pública, de um debate público em que todos os atingidos possam se manifestar e se entender ao mesmo tempo como destinatários e autores das leis[10].

II. Hermenêutica constitucional e o papel da democracia: a crítica habermasiana ao método Hércules

Segundo a interpretação Habermasiana da teoria de Dworkin, a utilização dos princípios no processo de aplicação do direito só é possível, porque eles foram

[10] As teses do presente parágrafo, principalmente a interpretação do método Hércules desenvolvido por Dworkin a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, eu desenvolvi exaustivamente no meu livro Jurisdição e Democracia (Saavedra, 2006).

inseridos como critérios de decisão, a partir do processo democrático de formação da legislação. Ao se transformarem em jurídicos, esses critérios adquirem um caráter deontológico. A constitucionalização dos direitos humanos seria um exemplo deste fato. Portanto Habermas não aceita que surjam "novos" princípios extraídos unicamente da necessidade de um processo de aplicação (Habermas, 1998: 250, 256 e ss.).

Dessa forma, deve-se diferenciar entre os discursos de fundamentação e discursos de aplicação. Enquanto as regras têm uma adequação direta, ou seja, dado o fato se dá a regra. Os princípios passam a integrar um sistema de validade "prima facie" de tal modo que, num discurso de aplicação, é preciso examinar se eles podem encontrar aplicação numa situação concreta ainda não prevista no processo de fundamentação. O fato de a norma valer "prima facie" significa que ela foi fundamentada de modo imparcial. Para que se chegue a uma decisão válida, ela deve ser aplicada de modo imparcial. O que passa a valer como fundamentação neste caso é a adequação de uma norma à determinada situação. Só sabemos qual a norma que é aplicável a determinado caso quando se consegue referir todas as características relevantes de uma descrição da situação a normas aplicáveis. Assim quando se fala de colisão de princípios, o que está em jogo não é a validade da norma, e sim a sua adequação a uma circunstância de fato.

Porém aqui não se resolveu ainda o problema da segurança jurídica. Para solucionar este problema, Habermas novamente insere a teoria de Dworkin dentro de um pano de fundo que garante uma determinação para a ação do juiz. Ao invés de um ideal a ser seguido, se adota um paradigma que será compartilhado pelos especialistas do direito e todos os demais parceiros do direito. O pano de fundo pode ser o Estado Liberal burguês, ou o Estado social, por exemplo. Estes paradigmas protegem a atividade interpretativa do risco de transformarem-se em ideologias e mantém o processo hermenêutico aberto. Habermas sustenta esta abertura a partir da "compreensão procedimentalista do direito". Se esses paradigmas se fecham à história, à possibilidade de mudança, eles se transformam em ideologias. Os paradigmas fechados se estabilizam através de "monopólios de interpretação, judicialmente institucionalizados, e que podem ser revistos internamente, somente de acordo com medidas próprias" (Habermas, 1997: 266-67).

Essa concepção implode o princípio monológico que Dworkin aplica ao juiz, em particular, o seu juiz Hércules. O princípio da integridade que Dworkin sustenta é reinterpretado aqui a partir do princípio do discurso e dessa forma liberta Hércules de sua vida de eremita. Com esse passo Hércules rompe o "véu da ignorância" e passa a enxergar que o princípio da integridade que ele sustenta em suas decisões não aponta para si mesmo, mas sim para "sociedade aberta dos intérpretes da constituição". Ele descobre que, apesar dos poderes sobrenaturais, não tem um acesso privilegiado à verdade (e não poderia ser diferente! Hércules não é um Deus, ele é um "semideus"). Logo ele deve se contentar em ter que depender do diálogo e da ajuda de seus concidadãos para se aproximar da verdade. Portanto Dworkin deve centrar as exigências feitas à teoria do direito neste ideal político "ao invés de apoiá-las no ideal da personalidade de um juiz, que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade" (Habermas, 1997: 278). E, dessa maneira, introduz sua concepção de solução do chamado "Paradoxo da Democracia".

III. Constitucionalismo Digital e Democracia: a paradoxo da democracia revisitado

O Paradoxo da Democracia é um tema antigo da filosofia do direito, que esteve no centro dos debates na década de noventa[11]. Frank Michelman o descreve a partir da tese de que a democracia é composta de "*two clashing commitments*": o do constitucionalismo, ou seja, do governo limitado pela lei e pela constituição e o outro do ideal do "governo pelo povo"[12]. Segundo o autor, esses dois princípios parecem mutuamente excludentes tendo em vista, que se a vontade do povo fosse limitada de maneira externa de qualquer forma, deixaria de ser soberana e, por outro lado, se a vontade do povo pudesse colocar em discussão os fundamentos da democracia, esse regime entraria em contradição, dado que por meio de uma decisão soberana da vontade do povo, poder-se-ia abolir o sistema e as instituições democráticas. A reflexão sobre esse paradoxo passou a ter relevância internacional, especialmente depois de 1945, dado que até 1945 somente os EUA tinham controle de

---

[11] Ver, a esse respeito nota 3 acima.

[12] Michelman, Frank. *Brennan and Democracy*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1999, posição 72 [versão Kindle].

constitucionalidade dos direitos fundamentais (*Bill of Rights*)[13]. O constitucionalismo como o entendemos hoje, portanto, só foi difundido internacionalmente após 1945[14].

Habermas apresentou como solução para o presente paradoxo a sua tese da "co-originalidade" [15] e de uma "coesão interna" entre Estado de Direito e Democracia [16] que Ferrara descreve como "one of the innovative political-philosophical ideas of the 1990s"[17]. Habermas demonstra de maneira convincente que o paradoxo não passa de uma aparência de paradoxo: os (as) cidadãos(os) de um determinado estado de direito somente poderão fazer uso da sua autonomia pública se lhe forem garantidos direitos políticos, que lhe assegurem suficiente independência para exercer sua autonomia privada na sua conduta de vida[18]. Em outras palavras, todo poder emana do povo e os cidadãos devem ter garantida sua participação na formação pública da vontade que inspira e direciona políticas públicas, mas as condições de participação no debate da esfera pública não podem elas mesma estar abertas ao debate, porque isso inviabilizaria o próprio debate[19].

Habermas tem aqui por base sua "razão comunicativa", que é desenvolvida a partir da teoria dos "atos de fala" de Austin e Searle[20]. Tendo essa teoria como pressuposto de sua fundamentação de democracia, Habermas demonstra que o procedimento democrático para ser legítimo tem como pressuposto que todos os atingidos precisam, ao mesmo tempo compreender a si mesmos como autores e

---

[13] Steven G. Calabresi, *The Global Rise of Judicial Review Since 1945* . *In*: Catholic Law Review, vol. 69, issue 3, 2020, pp. 403. (Disponível em: https://scholarship.law.edu/lawreview/vol69/iss3/6 - Acessado em 31/03/2023).

[14] Steven G. Calabresi, *The Global Rise of Judicial Review Since 1945* . *In*: Catholic Law Review, vol. 69, issue 3, 2020, pp. 417 e ss. (Disponível em: https://scholarship.law.edu/lawreview/vol69/iss3/6 - Acessado em 31/03/2023).

[15] Habermas, Jürgen. Constitutional Democracy. A Paradoxical Union of Contradictory Principles? *In*: *Political Theory*, Vol. 29 No. 6, December, 2001, pp. 766-781.

[16] Habermas, Jürgen. *Sobre a Coesão interna entre Estado de Direito e democracia*. *In*: Habermas, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002, pp. 285-298.

[17] Ferrara, Alessandro. Of Boats And Principles. Reflections on Habermas's "Constitutional Democracy". *In: Political Theory, Vol. 29 No. 6, December, 2001, pp. 784.*

[18] Habermas, Jürgen. Constitutional Democracy. A Paradoxical Union of Contradictory Principles? *In*: *Political Theory*, Vol. 29 No. 6, December, 2001, pp. 767.

[19] Para uma visão geral sobre a teoria da democracia de Jürgen Habermas, ver: Saavedra, Giovani. *Jurisdição e Democracia. Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

[20] Habermas, Jürgen. *Warheit und Rechtigfertigung. Philosophische Aufsätze*. Frankfurt a.M: Suhrkamp, 2004, p. 95 [Trad.: Habermas, Jürgen. Verdade e Justificação. Ensaios Filosóficos. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 91]; Habermas, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1. Frankfurt a.M: Suhrkamp, 1983, pp. 369-452 e Habermas, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 2. Frankfurt a.M: Suhrkamp, 1983, pp. 182-205.

destinatários das normas resultado do processo democrático. Não há democracia sem que todos os participantes de uma determinada sociedade sejam reconhecidos como cidadãos com iguais direitos fundamentais[21]. A democracia somente será concreta se houver um sistema institucionalizado da proteção das condições de participação na esfera pública, de uma proteção, portanto, das condições de legitimidade da ação estatal seja ela na forma de poder executivo ou legiferante.

A importância do paradoxo da democracia fica mais evidente, se levamos em conta os desafios contemporâneos postos à democracia, em especial aqueles colocados pelos recentes movimentos antidemocráticos. Esses grupos têm duas características muito peculiares que tornam necessário revistar o paradoxo acima descrito: de um lado pretendem fundamentar suas demandas numa separação entre os dois ideais apresentados acima (1). De outro, a maneira como articulam suas demandas é completamente nova: a "revolução digital"[22] tem propiciado uma mudança completa da esfera pública, dando um alcance e uma capacidade destrutiva sem precedentes para a difusão de "fake news"[23] (2).

(*ad* 1) As tentativas de justificação de seus atos violentos recorrem sempre a uma identificação da democracia apenas como "poder do povo", ou seja, recorrem a uma falácia: sustentam que somente devem seguir normas que "emanam do povo", mas, ao mesmo tempo, não são o povo, ou seja, a fundamentação invalida a própria tese. Isso acontece, porque, naturalmente, entendem-se como representantes do povo e só conseguem fundamentar a democracia dessa maneira, porque estão compreendendo-a sem a sua outra: o ideal do constitucionalismo. Essa visão unilateral de democracia só acontece, porque os participantes de um movimento antidemocrático não têm por pressuposta a ideia básica de que todos(as) cidadãos(as) tem iguais direitos de participação na definição do que é adequado para a sociedade em que vivem. Suas demandas deveriam ser canalizadas pelos procedimentos democráticos institucionalizados, mas, como sabem que por essas

---

[21] Habermas, Jürgen. Constitutional Democracy. A Paradoxical Union of Contradictory Principles? *In*: *Political Theory*, Vol. 29 No. 6, December, 2001, pp. 766 e ss.
[22] Ver, a esse respeito: Celeste, Edoardo. *Digital Constitucionalism. The Role of Internet Bill of Rights*. Londres/Nova Iorque: Routledge, 2023, pp. 10 e ss.
[23] Ver, a esse respeito: RAIS, Diogo. *Fake News. A conexão entre desinformação e direito*. São Paulo: Thompson Reuters, 2022.

vias suas demandas não terão sucesso, dado que suas demandas não são compartilhadas com os demais cidadãos da sociedade em que vivem, recorrem a procedimentos violentos com o objetivo de abolir o Estado Democrático de Direito para impor um regime autoritário em que a vontade de seu grupo será imposta aos demais pela força. Como se pode ver, a análise do paradoxo da democracia demonstra claramente, que a tutela das instituições democráticas aparece como um elemento fundamental de um Estado democrático de direito: sem uma proteção das condições de possibilidade da democracia não há legitimidade, não se pode falar em sistema jurídico legítimo, nem ação estatal legítima. As instituições democráticas são bens jurídicos fundantes dos Estado democrático de direito e, por isso, figuram em nossa Constituição, assim como os direitos fundamentais, como cláusulas pétreas.

(*ad* 2) O problema acima descrito se torna especialmente relevante perante a ampliação das possíveis "ameaças à democracia": casos recentes de atentados à democracia chamaram a atenção de todos para o fato de que a simples disseminação de *fake news* pode ser um catalizador de movimentos antidemocráticos, ou seja, se antes, a preocupação com as *fake news* estava restrita a uma possível influência dos resultados das eleições, após os atentados, fala-se em ameaça à democracia e às instituições democráticas[24]. Porém, quando se tem um fenômeno tão amplo e difuso como *fake news* sendo considerado como um potencial catalizador de atentados contra as instituições democráticas, o risco que se corre é desenvolver uma nova faceta do acima descrito "paradoxo da democracia": se não houver uma reflexão adequada dos mecanismos constitucionalmente adequados da tutela penal da democracia, essa pode acabar, rapidamente, por ser instrumento de violação dos próprios fundamentos da democracia[25]. O risco que se corre é de, com

---

[24] Ver referências citadas nas notas 5 e 6. As preocupações com os desafios da democracia na era digital não são novas. Moore sistematizou os principais desafios em seu já clássico livro: Moore, Martin. *Democracy hacked. political turmoil and information warfare in the digital age*. Londres: Oneworld, 2018. Ver, a esse respeito também: Morelock, Jeremiah; Narita, Felipe Ziotti. *The Society of the Selfie Social Media and the Crisis of Liberal Democracy*. Londres: University of Westminster Press, 2021. O'Neil, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. Nova Iorque: Crown Publishers, 2016.

[25] Cirener, Gabriele; Radtke, Henning; Rissing-van Saan, Ruth; Rönnau, Thomas; Schluckebier, Wilhelm. *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*. 13. Ed. Vol. 07. Berlin/Boston: Walter der Gruyter, 2021, p. 11.

o objetivo de se proteger a democracia, recorrer a velhos métodos antidemocráticos típicos de períodos autoritários.

O chamado „Estado de Vigilância" (*Surveillance State*) ou a „Sociedade de Vigilância" (*Surveillance Society*) não é, de maneira alguma, uma novidade específica da „Era Digital"[26]. Porém, as novas tecnologias que geraram essa sociedade digital, também geraram uma assimetria na relação de poder entre indivíduos e estado. Por outro lado, a "revolução digital introduziu novos atores, para além dos Estados-nação, que desempenham um papel dominante no ecossistema constitucional e essas circunstâncias subvertem a existência do equilíbrio constitucional"[27]. Novos desafios constitucionais surgem como o impacto da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito privado das plataformas digitais[28].

Conclusão

Em função do que nunca, mais do nunca, os acontecimentos recentes, demonstram a importância de o judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, ter consciência de sua função precípua que é a de ser guardião da democracia. Mais importante do que ideais inatingíveis de "justiça no caso concreto", o judiciário precisa manter consciência de sua função contramajoritária de proteger os direitos fundamentais e garantir as condições de possibilidade da formação democrática da vontade pública. Se algum ativismo judicial é desejável em um Estado Democrático

---

[26] Celeste, Edoardo. *Digital Constitucionalism. The Role of Internet Bill of Rights*. Londres/Nova Iorque: Routledge, 2023, pp. 13 e ss. Ver, a esse respeito também: Lyon, David. *The Eletronic Eye: The Rise of Surveillance Society*. Cambridge: Polity Press, 1994.

[27] Ver, a esse respeito: Celeste, Edoardo. *Digital Constitucionalism. The Role of Internet Bill of Rights*. Londres/Nova Iorque: Routledge, 2023, pp. 15.

[28] Mendes, Gilmar Ferreira; Fernandes, Victor Oliveira. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas da internet: o dilema da moderação de conteúdo em redes sociais na perspectiva comparada Brasil-Alemanha. *In*: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 21, Abr.-Jun., 2022, vol. 31, pp. 33-68. Hartmann, Ivar A. Regulação da Internet e os novos desafios da proteção dos direitos constitucionais. O caso da *revenge porn*. *In*: *RIL Brasília*, a. 55, n. 219, jul./set., 2018, pp. 13-26; Leal, Luziane de Figueiredo Simão; Moraes Filho, José Filomeno de. Inteligência Artificial e democracia: os algoritmos podem influenciar uma campanha eleitoral? Uma análise do julgamento sobre impulsionamentos de propaganda eleitoral na internet do Tribunal Superior Eleitoral. *In*: *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 13, n. 40, jul./dez., 2019, Belo Horizonte, pp. 343-356; Sarlet, Ingo Wolfgang. Liberdade de Expressão e o Problema da Regulação do Discurso de Ódio nas Mídias Sociais. In: *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, set./dez. 2019, pp. 1207-1233.

de Direito é apenas aquele focado na preservação e proteção dos fundamentos da democracia de arroubos autoritários e antidemocráticos.

Referências Bibliográficas

BARZOTTO, Luis Fernando. *A Democracia na Constituição*. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

CALABRESI, Steven G. *The Global Rise of Judicial Review Since 1945*. *In*: Catholic Law Review, vol. 69, issue 3, 2020, pp. 401-444. (Disponível em: https://scholarship.law.edu/lawreview/vol69/iss3/6 - Acessado em 31/03/2023).

CELESTE, Edoardo. *Digital Constitucionalism. The Role of Internet Bill of Rights*. Londres/Nova Iorque: Routledge, 2023.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. 371 p.

______. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. 470 p.

______. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513 p.

______. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 593 p.

______. *Levando os direitos à sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

ELSTER, Jon/ SLAGSTAD, Rune (org.). *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. 359 p.

FERRARA, Alessandro. Of Boats And Principles. Reflections on Habermas's "Constitutional Democracy". *In: Political Theory, Vol. 29 No. 6, December, 2001, pp. 782-791.*

FLICKINGER, Hans-Georg. Direito de cidadania: uma faca de dois gumes. In: *Em nome da liberdade:* elementos da crítica ao liberalismo contemporâneo. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 143-158.

FRASER, Nancy e HONNETH, Axel. *Umverteilung oder Anerkennung. Eine politisch-philosophische Kontroverse*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; MOTTA, Francisco José Jorge; Paulo, Lucas Moreschi. *O Constitucionalismo Digital e a Crise das Democracias Liberais*. São Paulo: Dialética, 2023.

GUTMAN, Amy. *Multiculturalism: examining the Politics of Recognition*. Princeton: Princeton University Press, 1994.

HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1. Frankfurt a.M: Suhrkamp, 1983.

________. *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 2. Frankfurt a.M: Suhrkamp, 1983.

________. *Pensamento pós-metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. 271 p.

________. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. 354 p. (Biblioteca Tempo Universitário, 101).

________. *Faktizität und Geltung*: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtssaats. Frankfurt: Suhrkamp, 1998. 704 p.

________. *Die Einbeziehung des Anderen*: Studien zur politischen Theorie. Frankfurt: Suhrkamp, 1999. 404 p.

________. Constitutional Democracy. A Paradoxical Union of Contradictory Principles? *In*: *Political Theory*, Vol. 29 No. 6, December, 2001, pp. 766-781.

________. Sobre a Coesão interna entre Estado de Direito e democracia. *In*: Habermas, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002, pp. 285-298.

________. *Kulturelle Gleichbehandlung – und die Grenzen des Postmodernen Liberalismus*. In: Deutsche Zeitschrift für Philosophie. Berlin: Akademie Verlag GmbH, 2003. n. 51 (3), p. 367-394.

________. *Warheit und Rechtigfertigung. Philosophische Aufsätze*. Frankfurt a.M: Suhrkamp, 2004.

________. *Verdade e Justificação. Ensaios Filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HARTMANN, Ivar A. Regulação da Internet e os novos desafios da proteção dos direitos constitucionais. O caso da *revenge porn*. *In*: *RIL Brasília*, a. 55, n. 219, jul./set., 2018, pp. 13-26.

HEIDEGREN, Carl-Göran. *Anthropology, Social Theory, and Politics: Axel Honneth´s Theory of Recognition*. In: *Inquiry*, 2002, Vol. 45, No. 4, p. 433-446.

HONNETH, Axel/JOAS, Hans. *Soziales Handeln und menschliche Natur. Anthropologische Grundlagen der Sozialwissenschaft*, Frankfurt/New York: Campus, 1980. 170 p.

HONNETH, Axel. *Antworten auf die Beiträge der Kolloquiumsteilnehmer*. In: Halbig, Christoph; Quante, Michael. *Axel Honneth: Sozialphilosophie zwischen Kritik und Anerkennung*. Münster: Lit Verlag, 2004. p. 99-121.

________. *Leiden an Unbestimmtheit. Eine Reaktualisierung der Hegelschen Rechtsphilosophie*, Stuttgart: Reclam, 2001.

________. *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte.* Frankfurt: Suhrkamp, 2003.

HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003.

HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit. Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2013.

HONNETH, Axel. *O Direito da Liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

LEAL, Luziane de Figueiredo Simão; MORAES FILHO, José Filomeno de. Inteligência Artificial e democracia: os algoritmos podem influenciar uma campanha eleitoral? Uma análise do julgamento sobre impulsionamentos de propaganda eleitoral na internet do Tribunal Superior Eleitoral. *In*: *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 13, n. 40, jul./dez., 2019, Belo Horizonte, pp. 343-356.

LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997.

________. *Luhmann, Habermas e o Estado de direito*. Lua Nova, São Paulo, n. 37, 1996. p. 93-106.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas da internet: o dilema da moderação de conteúdo em redes sociais na perspectiva comparada Brasil-Alemanha. *In*: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 21, Abr.-Jun., 2022, vol. 31, pp. 33-68.

MICHELMAN, Frank. *Brennan and Democracy*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1999.

MICHELMAN, Frank. *Constitutional Essentials: On the Constitutional Theory of Political Liberalism*. Oxford: Oxford University Press, 2022.

MOORE, Martin. *Democracy hacked. political turmoil and information warfare in the digital age*. Londres: Oneworld, 2018.

MORELOCK, Jeremiah; NARITA, Felipe Ziotti. *The Society of the Selfie Social Media and the Crisis of Liberal Democracy*. Londres: University of Westminster Press, 2021.

NEVES, Marcelo. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasillien*, Berlin: Duncker & Humboldt, 1992.

O'NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. Nova Iorque: Crown Publishers, 2016.

POST, Robert. *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995.

RAIS, Diogo. Fake News. *A conexão entre desinformação e direito*. São Paulo: Thompson Reuters, 2022.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. Nova Iorque: Columbia University Press, 2005.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Juridição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006.

SAAVEDRA, Giovani; Borges, Gabriel Oliveira de Aguiar. Constitucionalismo Digital Brasileiro, *in*: *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 49, n. 152, Junho, 2022, pp. 157-180.

SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de Expressão e o Problema da Regulação do Discurso de Ódio nas Mídias Sociais. In: *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, set./dez. 2019, pp. 1207-1233.

SOUSA, Simão Mendes de. *Constitucionalismo Digital: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2022;.

TAYLOR, Charles. *A política do reconhecimento*. In: *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000. p. 241-274.

37. ALEGRIA DE VIVER

https://doi.org/10.36592/9786554600668-37

Draiton Gonzaga de Souza[1]

"Alegria de viver" designa uma postura diante da vida, isto é, da pessoa contente com sua existência. A palavra "alegria" vem do latim *alacritas* ou *alacer* e significa "animado", "vivaz", "contente" ou "ânimo leve". Designa, assim, a postura de alguém que está feliz com sua vida. A alegria é uma emoção que geralmente se expressa através do riso e do sorriso. Em alemão, é "Freude", aparecendo também em "Schadenfreude", que consiste em alegrar-se com a desgraça (dano) alheio, em vez de "Freude am Leben" (alegria de viver). Em francês, é bem conhecida a expressão "joie de vivre" (utilizada igualmente em inglês) – que também é o título de uma obra de Émile Zolla, de 1884 (*La joie de vivre*) –, e indica um sentimento subjetivo de felicidade. Na pesquisa sobre a alegria, constata-se que diversas áreas do conhecimento se ocupam com esse conceito, tais como a Teologia, a Filosofia, a Literatura, a Psicologia, entre outras.

Na tradição teológica, especialmente a judaico-cristã, a alegria faz-se presente de modo recorrente, tanto no Antigo como no Novo Testamento. No que se segue, indicam-se apenas alguns exemplos, sem a pretensão de uma apresentação exaustiva. Em Neemias, *verbi gratia*, na tradução da *Biblia de Jeruralém*, lê-se: "A alegria do Senhor será a vossa força" (Ne 8, 10: na *Vulgata*: "gaudium enim Domini est fortitudo nostra").

Nos escritos neotestamentários, mais especificamente na Carta aos Gálatas (5, 22), a alegria (cara,, *chará*) é um dos frutos do espírito (karpo.j tou/ Pneu,mato,j). Na *Vulgata*, esse *fructus Spiritus* é traduzido por *gaudium*. A própria "Ave Maria" (Lc 1,28) inicia com a palavra "Alegra-te" (Cai/re (*chaire*), do verbo grego cai,rw (*chaíro*), que, em inglês, se traduz por "to rejoice", "be glad"). Ressalte-se que o termo grego

---

[1] Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).
Decano da Escola de Humanidades.

cara, pertence ao mesmo campo semântico de ca,rij (*cháris*), indicando, no grego *koiné* do NT, "graça" e, no clássico, "beleza". Por fim, mencione-se ainda Fl 4,4: "Alegrai-vos sempre no Senhor. Repito: alegrai-vos" (Cai,rete evn Kuri,w| pa,ntote pa,lin evrw/ cai,rete).

Na música sacra, destaca-se Johann Sebastian Bach que compôs o famoso moteto intitulado "Jesu, meine Freude" ("Jesus, minha alegria", BWV 227), além da famosa Cantata 147 (BWV 147), popularmente conhecida como "Jesus em alegria dos homens" (cujo coral final é "Jesus bleibet meine Freude": "Jesus permanece minha alegria"). Por fim, mencione-se, na tradição católica, que a palavra alegria (em latim, pode ser tanto *gaudium*, como *laetitia*) aparece no domingo *gaudete* (terceiro domingo do Advento), no domingo *laetare* (quarto domingo da quaresma), na Constituição Pastoral – do Concílio Vaticano II – *Gaudium et Spes* ("Alegrias e esperanças", de 1965) e, mais recentemente, na Exortação Apostólica Pós-Sinodal do Papa Francisco *Amoris laetitia*, "A alegria do amor" (2016).

Na filosofia, surpreendentemente, não há muita reflexão sobre esse tema. Mesmo no monumental *Historisches Wörterbuch der Philosophie* (*Dicionário Histórico da Filosofia*), não aparece o verbete *Freude*. Reinholdo Aloysio Ullmann, por sua vez, escreveu um livro com o título *Epicuro: filósofo da alegria* (2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 1996), no qual apresenta magistralmente a vida e a obra do filósofo grego Epicuro (341 a.C. – 270 a.C.). A palavra "alegria", nessa obra, traduz o vocábulo grego h`donh, (*hedoné*), comumente traduzido por prazer. Segundo Ullmann, "para deixar mais claro ainda o termo *hedoné*, convém acrescentar que ele se vincula a *hedys*, adjetivo que significa 'doce, prazenteiro'. E permite dupla tradução – alegria e prazer –, consoante o contexto no qual aparece. Mewaldt, muitas vezes usado neste trabalho, traduz *hedoné* por *Freude*, *Wonne* e *Lust* (...) Explica-se, assim, a razão pela qual optamos, no subtítulo, por 'O filósofo da alegria'" (p. 77). A alegria, em Epicuro, estaria ligada ao prazer físico, isto é, à ausência da dor (avponi,a, aponía); ao prazer do espírito (avtaraxi,a, ataraxía); ao prazer cinético (atividade espiritual) e ao prazer catastemático, ou seja, a tranquilidade (cf. p. 76).

No período moderno, a alegria aparece enfaticamente na obra do poeta e filósofo alemão Friedrich Schiller (1759-1805), que a considera um princípio divino, como se pode constatar em seu famoso poema *An die Freude* (*Ode à alegria*), escrito

em 1785 e imortalizado no coro do quarto movimento da Nona Sinfonia de Beethoven: "Alegria, bela centelha divina, filha de Elíseo" (*Freude, schöner Götterfunken, Tochter aus Elysium*). A alegria, segundo Schiller, é o princípio propulsor da vida: "Alegria, alegria, impulsiona as engrenagens no grande relógio do mundo" (*Freude, Freude treibt die Räder in der großen Weltenuhr*). Além disso, é descrita como um elemento próprio da natureza: "Todos os seres bebem alegria nos seios da natureza" (*Freude trinken alle Wesen an den Brüsten der Natur*).

Por fim, mencione-se o psicanalista e filósofo Erich Fromm, que, no capítulo sexto da obra *Ter ou ser?* (*To have or to be*. London/New York: Continuum, 1976), faz uma distinção entre alegria (*joy*) e prazer (*pleasure*), que, em alemão, se expressa na contraposição *Freude-Vergnügen*. Para ele, esse distinção é "crucial" no que se refere à relação entre ter ou ser: prazer seria a satisfação de um desejo que não requer atividade para ser alcançado, e dá como exemplos a ascensão social (*social sucess*), obter mais dinheiro (*earning more money*), ganhar na loteria (*winning a lottery*), o prazer sexual (*convencional sexual pleasure*) etc. "Tudo isso, no entanto, não enche o ser humano de alegria" (*But they are not conducive to joy*) (p. 95). Aqui se trata da "falta de alegria" (*lack of joy*, *Freudlosigkeit*). A alegria, por outro lado, seria algo concomitante ao ser ativo (*productive activity*); não é o pico de uma experiência (*peak experience*), que culmina e acaba abruptamente, mas é um platô (*plateau*), "um estado emocional que acompanha a expressão produtiva das faculdades essenciais humanas. A alegria não é o fogo (*fire*) extático do momento. A alegria é a brasa (*glow*) que acompanha o ser" (p. 95).

FROMM, Erich. *To have or to be*. London/New York: Continuum, 1976.

SCHILLER, Friedrich. An die Freude. Consultada no dia 12.10.2020 no link: http://www.zeno.org/Literatur/M/Schiller,+Friedrich/Gedichte/Gedichte+(1776-1788)/An+die+Freude

ULLMANN, Reinholdo Aloysio. *Epicuro: filósofo da alegria*. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

As traduções do grego, do alemão e do inglês foram feitas pelo autor. As citações bíblicas são da *Bíblia de Jerusalém* e do *Novum Testamentum Graece*. 27. Ed. Stuttgart, 2001 (aos cuidados de Barbara ALAND e de Kurt ALAND)